Die bindende Kraft einer Entscheidung über die Zuständigkeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Grünbaum
Referendar.

Breslau 1910.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Fischer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0204

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. (§§ 1, 2.)

§ 1. A. Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen . . . 1

§ 2. B. Allgemeine Übersicht. — Die Begriffe „Entscheidung" und „bindende Kraft". 2

I. Hauptteil: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die über seine Zuständigkeit von einem anderen Gericht entschieden wird? (§§ 3—14.)

1. Kapitel: Entscheidungen, die formell und materiell die Zuständigkeit eines anderen Gerichts betreffen.

§ 3. A. Vorbemerkung: Entscheidungen des höheren Gerichts als Rechtsmittelinstanz 3

§ 4. B. Entscheidungen des im Instanzenzuge höheren Gerichts gemäß § 36 4

I. Ausnahmestellung des § 36 4

§ 5. II. Bedeutung des § 37 für die Frage der Gebundenheit . 6

§ 6. III. Erörterung der Gebundenheit des Gerichts, wenn die Bestimmung des höheren Gerichts erfolgte:

1. gesetzlich 9

§ 7. 2. ungesetzlich:

a) wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen. 14

§ 8. b) wegen Außerachtlassung der bei der Bestimmung zu beachtenden Regeln 17

§ 9. IV. Nichtgebundenheit des Gerichts wegen Unwirksamkeit der Bestimmung des höheren Gerichts 24

2. Kapitel: Entscheidungen, die formell die Zuständigkeit eines anderen, materiell die eigene Zuständigkeit betreffen.

§ 10. A. Bejahung der Zuständigkeit.

I. Einleitendes. — Der § 11. 26

§ 11. II. Umfang der Gebundenheit nach § 11 28

§ 12. III. Voraussetzungen des § 11 33

§ 13. IV. Anwendungsgebiet des § 11 35

§ 14. B. Verneinung der Zuständigkeit. 40

*

II. Hauptteil: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die es selbst über seine Zuständigkeit entscheidet? (§§ 15 bis 30.)

1. Kapitel: Allgemeines.

§ 15. A. Einleitung.

I. Notwendigkeit einer ausdrücklichen Entscheidung über die Zuständigkeit? 41

§ 16. II. Übersicht über das Folgende 42

§ 17. B. Die verschiedenen Möglichkeiten der Bejahung oder Verneinung der Zuständigkeit 44

2. Kapitel: Bejahung der Zuständigkeit (Zurückweisung der Einrede der Unzuständigkeit durch Zwischenurteil).

§ 18. A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens? 46

§ 19. B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren?

I. Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft 48

§ 20. II. Vom Eintritt der formellen Rechtskraft an 49

3. Kapitel: Verneinung der Zuständigkeit.

§ 21. 1. Klageabweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts durch Endurteil.

A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens? . . . 49

§ 22. B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren?

I. Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft . . . 50

§ 23. II. Vom Eintritt der formellen Rechtskraft an:

a) Bedeutung der materiellen Rechtskraft für die Lösung der Frage 51

§ 24. b) Das Problem von der Rechtskraftfähigkeit der Prozeßurteile:

aa) Lösung der Frage mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 322 53

§ 25. bb) Die Bedingung der eadem causa und ihre Erfüllbarkeit bei Prozeßurteilen 57

§ 26. cc) Lösung der Frage im Hinblick auf das praktische Bedürfnis. — Bindung gemäß § 11 60

§ 27. dd) Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft von Amts wegen oder auf Parteivorbringen? 64

§ 28. 2. Verneinung der Zuständigkeit durch Beschluß gemäß § 506:

A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens? . . . 66

§ 29. B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren? 67

§ 30. Berücksichtigung der Novelle zur Zivilprozeßordnung vom 1. Juni 1910 68

Anhang: Untersuchung der Frage für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 32–36).

§ 31. Einleitung: Geltung der Frage auch für dieses Gebiet 70

§ 32. 1. Kapitel: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die über seine Zuständigkeit von einem anderen Gericht entschieden wird? 70

§ 33. 2. Kapitel: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die es selbst über seine Zuständigkeit entscheidet?

A. Notwendigkeit und Möglichkeiten derartiger Entscheidungen 72

§ 34. B. Gebundenheit an derartige Entscheidungen?

1. Innerhalb des Verfahrens 73

§ 35. 2. In einem neuen Verfahren 75

Literaturverzeichnis.

A. Lehrbücher und Kommentare.

Dorner: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Karlsruhe 1899.

Endemann: Der deutsche Zivilprozeß, I. und II. Bd. Berlin 1878/79.

Engelmann: Der deutsche Zivilprozeß. Breslau 1901.

Fitting: Der Reichs-Zivilprozeß. 8. Aufl. Berlin 1893.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 1. Bd. 5. Aufl. Berlin 1887.

Förster-Engelmann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1908.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1. Bd. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1906.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1886.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1 und 2. Leipzig 1903, 1907.

Neukamp: Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. Göttingen 1900.

Petersen-Anger: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1. Bd. Lahr 1904.

Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. Nördlingen 1887.

Rausnitz: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.

Reincke: Die deutsche Zivilprozeßordnung, 4. Aufl. Berlin 1900.

v. Sarwey: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Berlin 1879.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. Leipzig 1885.

Weißler: Kommentar zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeiten. Berlin 1900.

Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1 Bd. Stuttgart 1903.

Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Wilmowski-Levy: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 7. Aufl. 1. Bd. Berlin 1895.

B. Monographien und Aufsätze.

Badt: Die rechtliche Natur der Grundsätze über die materielle Rechtskraft der Zivilurteile. Breslauer Diss. Breslau 1909.
Bülow: Absolute Rechtskraft des Urteils. (Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 83 [n. F. Bd. 33] S. 1 ff.)
— Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen. Gießen 1868.
Fischer: Recht und Rechtsschutz. Berlin 1889.
— Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. (Iherings Jahrb. Bd. 40, S. 151 ff.)
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hönemann: Anfechtung von Vorabentscheidungen nach Rechtskraft des Sachurteils (Gruchot Bd. 25, S. 858 ff.)
Josef: Die materielle Rechtskraft der Entscheidungen im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Gegensatz zu der der Urteile in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. (Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß Bd. 31, S. 71 ff.)
Kleinfeller: Struckmann, die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich usw. (Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge, Bd. 9, S. 41 ff.)
Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
— Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1906.
Mayer: Anspruch und Rechtskraft nach dem deutschen Zivilprozeßrecht. Freiburg und Leipzig 1896.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Stuttgart 1891.
Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.
Schneider: Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen streitigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 29, S. 96 ff.)
Schmidt: Die Klagänderung. Leipzig 1888.
Schultze: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. Freiburg und Tübingen 1883.

Schulzenstein: Bestimmung des zuständigen Gerichts. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 23, S. 58 ff.)
Schwalbach: Die Prozeßvoraussetzungen im Reichszivilprozeß. (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 63, n. F. Bd. 13, S. 390 ff.)
Schwartz: Absolute Rechtskraft und heutiges deutsches Recht. Berlin 1900.
Seuffert: Besprechung von Schultze: Privatrecht und Prozeß. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 8, S. 202 ff.)
Stein: Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österr. Zivilprozeßordnung. Wien 1897.
Unger: Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 36, S. 4 ff.)
Wach: Der Feststellungsanspruch. Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Bernhard Windscheid. Leipzig 1888.
— Die richterlichen Dekrete in „Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung", 2. Aufl. Bonn 1896, S. 98 ff.
Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft. Leipzig 1899.
Weismann: Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Leipzig 1884.
Weizsäcker: Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 27, S. 20 ff.)

C. Entscheidungssammlungen, Zeitschriften, Materialien usw.

Archiv für die zivilistische Praxis.
Begründung des Entwurfs einer Zivilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes. (Hahn, Materialien Bd. II, 1.)
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Denkschrift zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898. (Hahn, Materialien Bd. VII.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrg. 1 bis 7. Berlin 1903—09.
Jahrbücher für Dogmatik, begründet von Ihering.
Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltsvereins.
Kommissionsbericht über die Novelle zur Zivilprozeßordnung vom 17. Mai 1898. (Hahn, Mat. Bd. VIII.)
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft.

Materialien zu dem Gesetz vom 1. Juni 1909, betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes usw. (3. Beiheft zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.)
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 (Guttentag.)
Protokolle der Kommission des Reichstags. 1. und 2. Lesung. (Hahn, Mat. Bd. II, 2.)
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der oberen Gerichte.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.

Einleitung.

A. Die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen.

§ 1.

Die Frage, ob das Gericht an eine seine Zuständigkeit bejahende oder verneinende Entscheidung gebunden ist, bedeutet eine Spezialisierung gegenüber der allgemeinen Frage nach der bindenden Kraft richterlicher Entscheidungen.

Die richterliche Entscheidung soll die Ungewißheit darüber, was Rechtens ist, beseitigen. Diese Aufgabe wird sie umso besser lösen, in je weiterem Umfange sie, einmal gefällt, für alle Beteiligten bindend wird.

In zweiter Linie führt der Gedanke, daß es der Staat ist, in dessen Namen das Gericht entscheidet, und daß der Richter als Organ der Staatsgewalt autoritativ sprechen muß, zu dem Prinzip, richterlichen Entscheidungen bindende Kraft zu verleihen. So deutlich nun diese Tendenz zu allen Zeiten und in allen Rechtsstaaten zu verfolgen ist, so hat es doch nie eine Norm dieses allgemeinen Inhalts geben können.

So finden wir denn auch in der Z.P.O. die verschiedensten Bestimmungen, in denen jenes Prinzip zum Ausdruck gelangt. In ihrer Gesamtheit zeigen sie uns, wieweit das Gesetz die Tendenz, richterlichen Entscheidungen bindende Wirkung beizulegen, letzten Endes, in Erwägung aller Gegengründe, zur positiven Norm erhoben wissen wollte.

B. Allgemeine Übersicht. — Die Begriffe „Entscheidung“ und „bindende Kraft“.

§ 2.

Die vorliegende Untersuchung spezialisiert diese Frage nach zwei Richtungen hin: sie will die Untersuchung der Bindung auf eine inhaltlich genau begrenzte Art von Entscheidungen und auf ihre Wirkungen gegenüber demjenigen Gericht, auf das ihr Inhalt abzielt, beschränken.

Entscheidungen über die Zuständigkeit eines Gerichts zu fällen, ist in erster Reihe Sache des Gerichts, um dessen Zuständigkeit es sich handelt. Allein mit der Erledigung dieser Fälle ist nur eine Seite des Themas erschöpft. Die Frage der Zuständigkeit eines Gerichts kann auch von anderer Seite her entschieden werden. Ob das Gericht an eine derartige Entscheidung, die ein anderes Gericht über seine Zuständigkeit gefällt hat, gebunden ist oder nicht, wird gleichfalls zu untersuchen sein. Hiervon soll der erste Abschnitt, von den Fällen, in denen das Gericht selbst über seine Zuständigkeit entscheidet, der zweite Abschnitt handeln.

Der Begriff „Entscheidung“ bedarf für das Folgende einer näheren Festlegung. Im allgemeinsten Sinne versteht die Z.P.O. unter Entscheidungen alle richterlichen Aussprüche, sowohl die, welche die Prozeßleitung, als auch diejenigen, welche die Entscheidung des Falles betreffen. Nur von letzteren, den Entscheidungen im engeren Sinne, welche nach Stein[1]) „in der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des Prozeßstoffes zum Zwecke des Ausspruches, was in prozessualer und materieller Beziehung Rechtens ist“, bestehen, kann hier die Rede sein. Sie sind der Form nach Urteil oder Beschluß.

Worin besteht nun der Begriff der Gebundenheit? Ein Gericht, das an den über seine Zuständigkeit entscheidenden Ausspruch (seiner selbst oder eines anderen

[1]) Vorbem. vor § 300 I.

Rechtspflegeorgans) gebunden ist, darf die Frage seiner Zuständigkeit nicht mehr neuerdings zum Gegenstand seiner Prüfung und Erörterung machen. Es bleibt für den betreffenden Rechtsstreit, je nachdem die Entscheidung lautete, endgültig zuständig bezw. unzuständig. Diese Gebundenheit steht also nicht nur einer neuen, anders lautenden Entscheidung entgegen. Sie verbietet überhaupt eine zweite Entscheidung, auch eine desselben Inhalts, sofern sie das Ergebnis einer erneuten Erörterung der Zuständigkeitsfrage ist.

I. Hauptteil.

Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die über seine Zuständigkeit von einem anderen Gericht entschieden wird?

1. Kapitel: Entscheidungen, die formell und materiell die Zuständigkeit eines anderen Gerichts betreffen.

§ 3.

A. Vorbemerkung: Entscheidungen des höheren Gerichts als Rechtsmittelinstanz.

Wenn im folgenden von Entscheidungen die Rede ist, durch die ein Gericht die Zuständigkeit eines anderen bejaht oder verneint, und wenn diese Entscheidungen daraufhin untersucht werden, welche Bindung sie auszuüben vermögen, so ist eine Gruppe von Entscheidungen von vornherein auszuschalten, weil ihnen eine bindende Kraft begrifflich innewohnt und darum keiner Erörterung bedarf. Es sind dies diejenigen Entscheidungen, durch welche das im Instanzenzuge höhere Gericht, angerufen durch Einlegung eines Rechtsmittels, über die Zuständigkeit des untergeordneten entscheidet. Darin gerade liegt das Wesen unseres

Instanzenzuges, der Begriff der Anfechtbarkeit einer richterlichen Entscheidung, daß, solange noch die Anfechtungsfrist läuft und eine höhere Instanz da ist, die Partei eine Nachprüfung des oberen Gerichts herbeiführen kann, deren Ergebnis in jedem Falle für das untere Gericht bindend wird. Soweit daher durch Einlegung eines Rechtsmittels das höhere Gericht in die Lage kommt, über die Zuständigkeitsfrage eines ihm untergeordneten Gerichts in seiner Eigenschaft als Rechtsmittelinstanz zu urteilen — z. B. wenn ein Gericht die Klage wegen Unzuständigkeit durch Endurteil abgewiesen hat (§ 300 mit §§ 511, 545, 547 Abs. 1) oder wenn es der Einrede der Unzuständigkeit durch Zwischenurteil, das in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen ist (§ 275), stattgegeben hat — in allen diesen Fällen also bindet die die Zuständigkeit bejahende oder verneinende Entscheidung der höheren Instanz die niedere.

§ 4.

B. Entscheidungen des im Instanzenzuge höheren Gerichts gemäß § 36.

I. Ausnahmestellung des § 36.

Die in der Z.P.O. gegebenen Zuständigkeitsbestimmungen ermöglichen es in der Regel dem Rechtsuchenden, das für sein Begehren zuständige Gericht zu ermitteln und dem Gericht, über seine Zuständigkeit eigens zu befinden. Der Fall, daß ein Gericht direkt von einem anderen — prima facie, nicht im Wege der Nachprüfung — für zuständig oder unzuständig erklärt wird, muß also als Ausnahme gelten. Und in der Tat finden wir im Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit eine derartige einem anderen Gericht die Zuständigkeit absprechende Entscheidung gar nicht — eine bejahende aber lediglich im § 36, der in dieser Hinsicht durchaus vereinzelt dasteht, abgesehen von einigen in dem Zwangsversteigerungsgesetz und in der Konkursordnung genannten Fällen, in denen auf ihn verwiesen wird.

Die Entscheidung des höheren Gerichts erfolgt, wie sich aus § 37,2 ergibt, durch Beschluß. Den sechs im § 36 aufgezählten Fällen ist gemeinsam eine Notlage, die den Kläger ein Gericht für sein Begehren nicht finden läßt, sei es, daß ein wirklicher Notfall eintritt (§ 36 No. 1), sei es, daß bezüglich des zuständigen Gerichtes ein Zweifel entsteht (§ 36 No. 2—6). In allen diesen Fällen soll das zur Entscheidung angerufene höhere Gericht die Not beseitigen, den Zweifel lösen, indem es ein Gericht als das für den konkreten Fall zuständige erklärt. Die beim Vorliegen einer der sechs Voraussetzungen erfolgende, ein bestimmtes Gericht als das zuständige bezeichnende Entscheidung ist also in der Tat vom Standpunkt des bestimmten Gerichtes aus eine seine Zuständigkeit bejahende. Das bestimmende Gericht hat gemäß § 36 zweierlei zu tun. Es hat erstens zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 36 gegeben sind, und es hat, wofern es diese für vorliegend erachtet, zweitens das zuständige Gericht zu bestimmen, wobei es an gewisse Beschränkungen gebunden ist, innerhalb der ihm dadurch gezogenen Grenzen aber freies Ermessen hat. (Über alles dies vergleiche unten).

Hier lassen sich nun für die Frage der Gebundenheit des bestimmten Gerichts zwei Fälle unterscheiden: der Fall, daß die Bestimmung des oberen Gerichts secundum legem, d. h. unter gegebenen Voraussetzungen in der vorgeschriebenen Weise erfolgte, oder daß sie irgendwie ungesetzlich, nämlich entweder sine lege, d. h. ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen oder contra legem, d. h. unter Nichtbeachtung der für die Wahl ihm gesetzten Normen, geschehen ist. Den Beschluß nicht für bindend erachten, hieße im ersten Falle lediglich, den Wahlakt des oberen Gerichts nicht anerkennen, im zweiten Falle, sich auf den Fehler, der bei Anwendung des § 36 unterlaufen sei, berufen; in beiden Fällen aber bedeutet es: die Bejahung der Zuständigkeit durch das höhere Gericht nicht anerkennen.

§ 5.

II. Bedeutung des § 37 für die Frage der Gebundenheit.

Über die Wirkung des vom oberen Gericht gefaßten Beschlusses sagt der § 37, Abs. 2: „Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt."

Über die Tragweite dieser Norm herrscht Streit. Es fragt sich, ob diese Worte nur die Wirkung haben, eine Beschwerde auszuschließen, oder ob sie auch eine Gebundenheit der Gerichte und der Parteien in dem durch die Bestimmung des oberen Gerichts ermöglichten Verfahren festsetzen. Im ersten Fall bedeuteten sie also lediglich den Ausschluß einer Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz. Im zweiten Falle aber, d. h. wenn man ihnen Wirkung im Prozesse beilegte, könnten sie — im engeren Sinne — eine Gebundenheit insoweit bedeuten, daß die Bestimmung des höheren Gerichts, der eigentliche Akt der Wahl, unanfechtbar ist, im weiteren Sinne, daß auch dann, wenn das höhere Gericht bei der Wahl rechtlich gefehlt habe, der Beschluß nicht anzufechten sei.[2])

Zu dieser Frage sagt Hellwig:[3]) „Diese Vorschrift bedeutet nicht etwa nur, daß die Beschwerde nicht statthaft ist — dies versteht sich nach § 567 Abs. 1 von selbst — sondern sie sagt, daß die Wirkung des Beschlusses in dem Prozeßverfahren nicht deshalb in Frage gestellt werden kann, weil er mit Unrecht erlassen sei."

Hierbei ist als selbstverständlich weggelassen, daß erst recht die Anfechtung im Prozesse ausgeschlossen sei, die die Wahl als solche nicht gelten lassen will. In diesem

[2]) Wenn hier von einer Anfechtung des Beschlusses im Prozeß die Rede ist, so ist Anfechtung nicht im technischen Sinne = Anfechtung durch Rechtsmittel gebraucht, sondern es soll soviel heißen, wie: Die Gültigkeit des Beschlusses in Frage stellen, sich nicht an ihn gebunden fühlen, ihn, insoweit er Zuständigkeit schafft, nachprüfen.

[3]) Bd. II, S. 274.

Sinne ist eine Reichsgerichtsentscheidung[4]) ergänzend heranzuziehen, welche nachzuweisen sucht, daß fernerhin auch die Anfechtbarkeit wegen Unzweckmäßigkeit der Wahl nicht erst durch § 37 Abs. 2 verboten werden brauchte, denn das folge schon aus § 36. Wenn dieser Paragraph sage, die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge höhere Gericht, so wolle er diese Wahl nicht durch spätere Nachprüfung (im Prozesse) in Zweifel stellen. Denn sonst sei das zweite Gericht letzten Endes das wählende, eine der Nachprüfung unterworfene Wahl sei keine Wahl. Es müsse also auch das im § 37 Abs. 2 liegen, daß die Bestimmung selbst dann unanfechtbar sei, wenn das Gericht bei der Wahl rechtlich gefehlt habe. Diese letzte Folgerung bestreitet Schultzenstein.[5]) Dem Wortlaute nach (S. 119 a. a. O.) schließe zwar der § 37 Abs. 2 auch im Prozeß jegliche Anfechtung aus, doch könne dies nicht der Sinn des Gesetzes sein. Schultzenstein sucht den Einwand zu widerlegen, daß eine bloße Beschwerde gegen den Beschluß schon durch § 567 Abs. 1 ausgeschlossen sei. Diesem Einwand liegt die Motivierung zugrunde, daß es sich hier um gar keine Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuches handele. Dessen tut Schultzenstein keine Erwähnung. Statt dessen stellt er in Zweifel, ob überhaupt ein das Verfahren betreffendes Gesuch vorliege. Von einer Widerlegung kann hier wohl nicht gut die Rede sein. Was Schultzenstein anführt, besagt höchstens, daß für die Anwendbarkeit des § 567 nicht nur eine, sondern zwei Voraussetzungen fehlen. Darum wird man auch die Tatsache, daß § 37,2 bei jener Auffassung gegenüber § 567 nichts neues besagen würde, durchaus nicht als „zweifelhaft genug“ bezeichnen können „um eine aus-

[4]) R.G. v. 15. XI. 1884 (Seuff. Arch. Bd. 40, No. 240).

[5]) Schultzenstein, Über die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht nach der Z.P.O. (Buschs Zeitschr. f. d. Ziv.-Prax. Bd. 23, S. 58 ff.)

drückliche Bestimmung zur Ausschließung jenes Zweifels für ratsam zu erachten".

Noch bliebe jetzt für die Schultzensteinsche Ansicht in die Wagschale zu werfen, daß durch § 37 Abs. 2 die Anfechtbarkeit im Prozeß wegen Unzweckmäßigkeit der Wahl verboten werden sollte, daß also insofern wenigstens die Bestimmung mehr enthalte als der § 567 besagen könnte. Um dies zu beweisen, gälte es die oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung mit ihrer Behauptung zu widerlegen, das Verbot der Anfechtung in dem eben genannten Umfange folge schon aus § 36. Es hat nun gewiß einige Berechtigung, wenn Schultzenstein die Argumentation des Reichsgerichts, es werde durch Zulassung einer Nachprüfung das Wahlrecht des oberen Gerichts illusorisch, als übertrieben zurückweist. Doch läßt sich in anderer Weise aus dem Sinn und Zweck des § 36 die Unmöglichkeit dieser Art der Nachprüfung so entschieden beweisen, daß man auch hier Schultzenstein nicht wird beitreten können, wenn er ausführt, solcherlei aus § 36 zu folgern, sei ebenfalls „besonders gut für die Kunst des Gesetzinterpretierens veranlagten Juristen" möglich, der § 37 Abs. 2 aber besage, — drücke er auch denselben Gedanken ein zweites Mal entschiedener aus — so viel neues, daß es unnötig sei, mehr darin zu suchen.

Bevor nun jener Beweis geliefert wird, sei nur kurz auf die Stellungnahme der übrigen Literatur in dieser Frage hingewiesen. Der hier vertretenen Ansicht, welche dem § 37 Abs. 2 jene weiteste Auslegung zuteil werden läßt, pflichtet Wilmowski-Levy[6]) bei, wenn er sagt: „Die Bestimmung ist für alle Teile und alle Gerichte ohne Widerspruch maßgebend. Durch Abs. 2 hat auch die Anfechtung wegen rechtlichen Verstoßes gegen die Voraussetzung des § 36 ausgeschloßen werden sollen."[7])

[6]) Komm. zu § 37 Not. 2.

[7]) Auch Stein, Komm. zu § 37 III folgert wohl so, wenn er sagt: Damit (durch § 37, 2) ist zugleich ausgesprochen, daß das nach § 36 bestimmte Gericht sich der Verhandlung des Rechtstreites zu

Das bisher gewonnene Ergebnis lässt sich dahin zusammenfassen:

1. Der § 37, 2 kann nicht nur besagen wollen, daß keine Beschwerde gegen den Beschluß zulässig ist; denn das folgt schon aus § 567.

2. Was die Anfechtung im Prozesse anlangt, so kann er nicht lediglich eine Anfechtung des Beschlusses, soweit sich dieser als Wahl darstellt, verbieten; denn das folgt schon, wie unten (unter III) zu beweisen, aus § 36.

3. Soll also die Bestimmung nicht überflüssig erscheinen, so muss sie besagen, daß eine Anfechtung im Prozesse auch ausgeschlossen ist, mit der Begründung, das höhere Gericht habe rechtlich gefehlt.

§ 6.

III. Erörterung der Gebundenheit des Gerichts, wenn die Bestimmung des höheren Gerichts erfolgte:

1. gesetzlich.

Um zu untersuchen, wie weit aus dem § 36 die Gebundenheit des Gerichts an die Bestimmung seitens des oberen Gerichts folgt, muß man sich vor Augen führen, wie dieser Akt rechtlich zu erklären ist. Nach der Ansicht der überwiegenden Mehrheit liegt hier ein Akt der Justizverwaltung vor. Stein z. B.[8]) erklärt dies so: „Es geschieht also hier durch richterliche Anordnung, was sonst durch allgemeine Anordnungen der Landes-Justizverwaltung geschieht.[9])

unterziehen hat. Wenigstens spricht die Reichsgerichtsentscheidung (J.W. 1905 S. 148), auf die er verweist, die Herleitung aus § 37, 2 ganz deutlich aus. Die meisten anderen Kommentare lassen nicht erkennen, ob sie aus § 37, 2 für das Gericht etwas folgern oder ob sie seine etwaige Gebundenheit aus anderen Gründen annehmen.

[8]) § 36 I.

[9]) Fitting sagt (§ 17, S. 64): „Das Gericht, das für einen Rechtsstreit zuständig sein soll, ist durch ein höheres Gericht als Organ der Justizverwaltung zu bestimmen."

Die Auffassung, daß ein Justizverwaltungsakt vorliegt, muß zu dem Schluß führen, daß das höhere Gericht nicht über die Zuständigkeit entscheidet, sondern sie verleiht.[10])

An diese aus der genannten Auffassung notwendig sich ergebende Folgerung knüpfen deren Gegner an, indem sie für die Fälle des § 36 No. 5 und 6 die Ansicht, daß keine Entscheidung über die Zuständigkeit vorliege, nicht gelten lassen wollen. So ist für Hellwig[11]) hauptsächlich in Rücksicht auf die beiden Fälle des Kompetenzkonfliktes diese Auffassung unhaltbar.[12])

v. Sarwey (§ 37 Anm. 1) sagt hierzu: „Daß die Verfügung des angerufenen Gerichts ein Verwaltungsakt ist, kann in den Fällen der No. 1—4 nicht zweifelhaft sein. Die Natur einer Entscheidung hat jedoch dieselbe in den Fällen No. 5 und 6, sofern das höhere Gericht in der Bestimmung des zuständigen Gerichts an die gesetzlichen Vorschriften über Zuständigkeit . . . . gebunden ist."

Es liegt wohl eine Verkennung des v. Sarweyschen Gedankens vor, wenn Schultzenstein[13]) ihm entgegenhält, daß doch „eine Massregel deshalb, weil bei ihr gewisse gesetzliche Vorschriften anzuwenden oder zu beachten sind, allein noch nicht aufhört, ein Verwaltungsakt zu sein". Nicht, weil das Gericht schlechthin an gesetzliche Regeln — meint v. Sarwey, — sondern weil es an gesetzliche Regeln über die Zuständigkeit gebunden sei, könne man

Derselben Ansicht sind u. a. Wach, Bd. I, § 43 S. 497. Wilmowski-Levy, § 37, No. 1. Förster-Engelmann, § 36. No. 11.

[10]) So sagt Wach (a. a. O.): „Die Bestimmung des zuständigen Gerichts ist Verleihung der Zuständigkeit, nicht Verleihung von Gerichtsgewalt (Delegation) noch Entscheidung über zweifelhafte Zuständigkeit."

„Das höhere Gericht — Petersen § 37, No. 5 — entscheidet nicht einen Streit unter den Parteien über die Zuständigkeit, sondern verleiht diese dem von ihm bezeichneten Gericht."

[11]) Bd. II, § 105 I.

[12]) Auch Förster-Engelmann (§ 36, No. 1) nimmt im Falle des § 36. No. 5 und 6 eine „wahre richterliche Entscheidung" über die Zuständigkeit an, ohne aber darum die oben genannte Auffassung aufzugeben.

[13]) a. a. O. S. 74/5.

nicht von einer Verleihung, vielmehr nur von einer Entscheidung über die Zuständigkeit sprechen und darum liege hier kein Verwaltungsakt, sondern ein Akt richterlicher Kognition vor.

Aber v. Sarwey hat doch wohl nicht recht. Im Falle des positiven Kompetenzkonfliktes zunächst besteht, wie unten zu erörtern sein wird, für das höhere Gericht gar keine Pflicht, sich über die Zuständigkeit schlüssig zu werden; es kann, ohne diese zu prüfen, eins der in Frage kommenden, evtl. auch ein drittes Gericht bestimmen.

Anders liegt der Fall beim negativen Kompetenzkonflikt. Hier schreibt das Gesetz als Voraussetzung vor, daß eines der streitenden Gerichte zuständig sein müsse. Das obere Gericht muß also die Frage prüfen und wird, wenn es z. B. gefunden hat, das Gericht A sei zuständig, zweckmäßig dann nicht das Gericht B bestimmen dürfen. Aber auch hier hat ja das Gericht über die Zuständigkeit nicht zu dem Zwecke entscheiden müssen, um nach den Zuständigkeitsregeln das richtige Gericht zu treffen, sondern es hat diese Frage als Voraussetzung des § 36 No. 6 prüfen müssen, weil sonst ein Notfall garnicht vorliegen würde. Und daß es dann, wo es einmal so oder so entschieden hat, diese Erkenntnis berücksichtigen muß, ergibt sich von selbst. Ganz einleuchtend wird dies, wenn der Konflikt bezüglich der sachlichen Zuständigkeit besteht, ein Fall, für den, wie später darzulegen, § 36 gleichfalls gilt. Hier kann das obere Gericht zweifellos feststellen, daß eines der streitenden Gerichte zuständig ist, ohne untersuchen zu müssen, welches das zuständige sei, und es kann, indem es diese Frage offen läßt, das eine oder das andere bestimmen. Wäre das dann auch noch Entscheidung über die Zuständigkeit? Nein, es ist Verleihung der Zuständigkeit, ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Zuständigkeitsbestimmungen, auch hier.

Wir haben also gefunden, daß das obere Gericht die Zuständigkeit verleiht, daß es nach seinem Ermessen ein Gericht wählt. Allerdings muss es sich, wie noch zu er-

örtern sein wird, hierbei in gewissen Grenzen halten. Dies soll jedoch vorläufig ausgeschaltet werden. Kann nun — so lautet ja unsere Frage — das untere Gericht der von dem oberen getroffenen Bestimmung seine Anerkennung versagen, kann es m. a. W. den eigentlichen Wahlakt bemängeln und so seine Zuständigkeit überhaupt noch einmal einer Prüfung unterziehen? Diese Frage wird im Hinblick auf die oben angestellte Untersuchung zu verneinen sein. Das untere Gericht müßte sein vermeintliches Recht zur Nachprüfung, da es doch den Beschluß nicht geradezu ignorieren kann, irgendwie begründen. Hierzu könnte es aber entweder auf die ihm auch sonst zustehenden Mittel der Zuständigkeitsprüfung verweisen, nämlich die von dem Gesetz aufgestellten Zuständigkeitsregeln: dann sieht es in der Bestimmung des oberen Gerichts nichts weiter als eine gewöhnliche Entscheidung über Zuständigkeit, die es abändern will. Oder aber es erkennt die Befugnis des höheren Gerichts, das, was wir das „freiwillige Ermessen" nannten, zwar an, maßt sich aber die gleiche Befugnis zu.

Daß letztere ihm nicht zusteht, kann jetzt als selbstverständlich hingestellt werden. Denn wir haben in der Ausübung der nach § 36 dem Gerichte gegebenen Funktion einen selbständigen, Zuständigkeit schaffenden Faktor erblickt, der zu den übrigen gesetzlichen Bestimmungen über Zuständigkeit gleichwertig hinzutritt. Ja gerade, wenn die anderen Normen versagen, soll das höhere Gericht tätig werden. Hierbei ist es vom Gesetz bewußt über die gesetzlichen Bestimmungen, die ja eben für sich nicht ausreichen, hinausgehoben; es liegt ihm ob, einen Beschluß zu fassen, der, wie Wach[14]) sehr richtig sagt, „Wahl" und nicht „Entscheidung über die Zuständigkeit" ist; denn er fußt nicht auf der Erkenntnis, daß das Gericht zuständig ist, sondern auf der Erkenntnis, dass diese Zuständigkeit sich der Feststellung entzieht. Aber diese Befugnis ist eine ganz außergewöhnliche; sie steht eben nur diesem Gericht kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung zu. Und

[14]) Bd. I, S. 491.

wie das Untergericht einerseits dieses Rechtsmittel mit dem oberen nicht teilt, so muß die andere Waffe, die es hat, die gewöhnlichen Zuständigkeitsbestimmungen, gegenüber jener höheren Befugnis versagen. Denn es ist nicht angängig, eine Entscheidung nach Regeln nachzumessen, die nach dem Willen des Gesetzes unter absichtlicher Außerachtlassung dieser Regeln zustandegekommen sein soll und ist.

Das so gewonnene Ergebnis, nämlich die Gebundenheit des Gerichtes dergestalt, daß es den Dispositionsakt des höheren Gerichts als unumstößlich hinnehmen muß, ist zugleich die herrschende Ansicht.[15])[16])[17])

Auch Schultzenstein kommt zu diesem Ergebnis. Den Beweis zunächst, daß das Gericht nach freiem Ermessen zu wählen habe, erbringt er gleichfalls damit, daß hier ein Verwaltungsakt vorliegt; allerdings bringt er für die Einreihung der No. 5 und 6 des § 36 unter diesem Gesichtspunkt keine andere Erklärung als die, daß „das nämliche Rechtsinstitut nicht bald ein Verwaltungsakt, bald kein Verwaltungsakt sein könne“ (S. 74). Nunmehr (S. 117) deduziert er etwa so: durch Anfechtung des nach freiem Ermessen erfolgten Beschlusses werde lediglich eine Unzweckmäßigkeit der Wahl gerügt. Aber selbst wenn eine solche vorliege, sei doch den Parteien kein Unrecht geschehen. Sie seien ja nicht ihrem ordentlichen Richter entzogen worden, denn „immer fehlte es an einem ordentlichen Richter, vor dem ohne die Bestimmung Recht zu nehmen war, und der durch die Bestimmung ausgeschlossen wäre. . . . . Es fehlt daher an einem Grunde, das Anfechtungsrecht zu geben und damit den Prozeßrichter zu

[15]) „Der Beschluß ist (nur) insoweit unanfechtbar, als er einen Dispositionsakt (eine Wahl) enthält.“ (Stein, § 37 III.)

[16]) Das Gericht, sagt Struckmann-Koch (§ 37, No. 3) ist gebunden „soweit lediglich die Ausübung des Ermessens bei der Wahl in Frage steht.“

[17]) Petersen, § 37, No. 5: „Durch seine (des höheren Gerichts) Bestimmung wird dieses Gericht insoweit zuständig, als damit festgestellt wurde, es sei an die Stelle des verhinderten getreten . . . . Diese Verfügung ist für das Prozeßgericht bindend.“

einer Nachprüfung des von dem bestimmten Gerichte geübten und zu übenden Ermessens zu berechtigen". Dies alles kann jedoch als Beweis nur insoweit gelten, als die Unzweckmäßigkeit der Wahl hervorgehoben wird, die der Rügende nach eigenem Ermessen zweckentsprechend gestalten will. Wie aber, wenn das Gericht gar nicht so einsichtig ist anzuerkennen, daß eine nach freiem Ermessen erfolgte Wahl vorliegt? Wenn es den Beschluß als Entscheidung über die Frage der Zuständigkeit ansieht: wenn es rügt, daß falsch entschieden sei, und wenn es von sich aus nach den Zuständigkeitsbestimmungen nachprüfen und gegebenenfalls anders entscheiden will? Diese Möglichkeit hätte doch wohl auch erwähnt und die aus dem Charakter des § 36 sich ergebende Folgerung, daß das Gericht hier gleichfalls gebunden ist, auch nach dieser Richtung hin gezogen werden müssen.

§ 7.

Erörterung der Gebundenheit des Gerichts, wenn die Bestimmung des höheren Gerichts erfolgte:

2. ungesetzlich:

a) Wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen.

Bisher war der Fall behandelt worden, daß eine etwaige Anfechtung der Bestimmung unter Zubilligung ihres gesetzlichen Zustandekommens nur den Wahlakt als solchen angreift. Ihm lassen sich, wie eingangs schon angedeutet, diejenigen Fälle gegenüberstellen, in denen der Beschluß als zu Recht ergangen nicht anerkannt wird und die Ungebundenheit daraus hergeleitet werden soll. Rechtlich fehlen kann das obere Gericht aber einmal dadurch, daß es eingreift, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, sodann aber auch dadurch, daß es zwar unter den gesetzlichen Voraussetzungen das zuständige Gericht bestimmt, bei der Bestimmung selbst aber rechtlich fehlt. Dieser Fall soll im Anschluß an die Betrachtung der zu Recht vorgenommenen Wahl zuerst behandelt werden.

Es war bisher von einem freien Ermessen des Gerichts bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts die Rede. Wie aber bereits oben kurz erwähnt, kann dieses freie Ermessen nur innerhalb gesetzlicher Schranken geübt werden. Zwar gibt das Gesetz keine ausdrücklichen Bestimmungen, nach denen das zuständige Gericht ausgewählt werden soll — die allgemeinen Bestimmungen über Zuständigkeit entfallen ja hier; — allein aus dem Zweck des § 36 ergibt sich notwendig, daß das höhere Gericht den Kreis, aus dem es zu wählen hat, nicht weiter ausdehnen darf, als zur Behebung des Notfalles und Zweifels, die ihm obliegt, unbedingt erforderlich ist. So sagt Wach[18]) von den von ihm genannten Beschränkungen, sie folgten aus der Natur der Sache. „Denn die außerordentliche singuläre Befugnis des § 36 dürfe als solche nach allgemeinen Prinzip nicht das Maß des notwendigen überschreiten.[19])

Es würde nun zu weit führen, diese Beschränkungen im einzelnen aufzuführen. Die Grundgedanken jedenfalls, aus denen heraus sich die Regeln ergeben, sind einmal der eben genannte, daß das Gericht sich nicht freier stellen darf als der Fall es erfordert und sodann der, daß auf das Rechtsmittelsystem Rücksicht zu nehmen ist.“[20])

Die Konsequenz für das Verhalten des unteren Gerichts haben wir bereits festgestellt: es ist auch dann, wenn sich die Wahl in dieser Hinsicht als ungesetzlich darstellt, an den Beschluß gebunden. Das, ja gerade das folgt aus § 37 Abs. 2.

In der Literatur ist gerade diese Möglichkeit eines rechtlichen Verstoßes meist übergangen. Wenn Stein[21]) betont, daß der Bestellungsakt des Gerichts jeder Nachprüfung entzogen sei, so sind doch wohl auch die eben genannten Fälle darunter mit zu verstehen. Des

[18]) S. 498 a. a. O.

[19]) In gleichem Sinne äußern sich u. a. Planck, Bd. I § 22c, Seuffert, § 36, No. 2, Förster Engelmann, § 36, No. 1 a. E.

[20]) vgl. Seuffert a. a. O.

[21]) § 37 III.

gleichen bei Petersen,[22]) wenn er ausführt: „Durch seine Bestimmung wird dieses Gericht insoweit zuständig, als damit festgestellt wird, es sei an die Stelle des verhinderten getreten.“ Denn diese Feststellung begreift der Beschluß auch dann in sich, wenn die Wahl in ungesetzlicher Weise erfolgte. „Es darf ihr — fährt er fort — auch dann nicht zuwiderhandeln, wenn das höhere Gericht von einer unrichtigen Auffassung (hier: seiner Freiheit hinsichtlich der zu treffenden Wahl) ausgegangen sein sollte.“

Überhaupt sind wohl alle diejenigen als Anhänger dieser Ansicht zu betrachten, die die Wahl schlechthin für unumstößlich erklären.

Andererseits verneinen die Gebundenheit wohl diejenigen, welche, wie z. B. Struckmann-Koch, deutlich erklären, daß die Zuständigkeit insoweit der Nachprüfung unterliege, als nicht lediglich die Ausübung des Ermessens in Frage steht. Denn wenn das obere Gericht willkürlich die ihm auferlegten Beschränkungen bei der Wahl fallen läßt, geht es weiter als sein Ermessen reicht.

Auch Schultzenstein erklärt sich in diesem Sinne. Er behandelt die genannten Fälle zusammen mit denen, wo die Bestimmung des zuständigen Gerichtes ohne die gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt ist und bezeichnet sie als diejenigen, in denen die Bestimmung gegen die gesetzlichen Voraussetzungen für sie verstoße. Der Ausdruck dürfte zum mindesten nicht genau gewählt sein. Hier handelt es sich nicht um Voraussetzungen für die Bestimmung, sondern um Normen, die erst gelten und darum erst verletzt werden können, wenn die Vorraussetzungen für die Bestimmung schon gegeben sind. Das gleich darauf angeführte Beispiel, daß nämlich ein Landgericht bestimmt wird, wo ein Amtsgericht allein zuständig war, zeigt aber, daß Schultzenstein an unsere Fälle denkt. „Warum soll — so fragt er gelegentlich dieses Beispiels in Hinsicht

[22]) § 37. No. 5.

auf den benachteiligten Kläger — er sich aber dagegen nicht wehren dürfen?“ Weil — so die wohl richtige Ansicht des Reichsgerichts, die sich auch das Oberlandesgericht Dresden[23]) zu eigen gemacht hat — durch den Beschluß des oberen Gerichts „entsprechend dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers das letzte Wort gesprochen sein soll und die Zuständigkeit des bestimmten Gerichts, auch wenn jener einen rechtlichen Verstoß enthielt, nicht weiter soll bemängelt werden dürfen.“ Freilich würde in dieser Bestimmung gegebenenfalls eine Härte gegen die eine oder andere Partei liegen, und zweifellos kann z. B. der Kläger — wie Schultzenstein (S. 112) richtig ausführt — einem solchen Beschlusse, wenn er einmal erfolgt ist, nicht dadurch die Wirkung nehmen, daß er die Klage bei dem bestimmten Gerichte nicht anhängig macht. Andererseits aber wird der hier gedachte Fall oder Fälle eines ähnlichen Verstoßes praktisch so selten vorkommen, daß das Gesetz sich wohl von der Absicht leiten lassen konnte: lieber in einigen wenigen Fällen eine gewisse Härte als ständig eine Rechtsunsicherheit! Denn die würde ein Anfechtungsrecht gegenüber dem Beschlusse zweifellos zur Folge haben.

§ 8.

b) Wegen Außerachtlassung der bei der Bestimmung zu beachtenden Regeln.

Die zweite (zeitlich: die erste) Möglichkeit eines rechtlichen Verstoßes liegt darin, daß das obere Gericht ein zuständiges bestimmt, ohne daß die Voraussetzungen des § 36 vorliegen. Voraussetzung ist nun in jedem Falle, daß das angegangene Gericht das im Instanzenzuge zunächst höhere ist und daß ein Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts vorliegt. Im einzelnen nennt der § 36 sechs Tatbestände, die das Recht und die Pflicht des höheren Gerichtes, tätig zu werden, begründen. Daraus folgt

[23]) Seuff. Arch., Bd. 40, S. 350. Rechtsspr. d. O.L.G., Bd. 15, S. 66.

für letzteres die Notwendigkeit, zu prüfen, ob im einzelnen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.[23])

Nun ist aber, was die einzelnen Voraussetzungen No. 1—6 anlangt, in der Literatur durchaus nicht feststehend, was als bewiesen vorliegen muß, damit der einzelne Fall für gegeben erachtet werde. Und in der Tat ist es, so strikt die sechs Fälle des § 36 auch anscheinend aufgestellt sind, nicht leicht zu sagen, was das Gesetz der Prüfung des bestimmenden Gerichts im einzelnen Falle unterworfen wissen will. Der Umfang dieser Prüfungsbefugnis wird also zweckmäßig hier festzustellen sein.

Voraussetzungen des § 36 und Prüfungsbefugnis des oberen Gerichts nämlich sind Begriffe, die sich decken. Wie einerseits das Gericht alle Voraussetzungen zu prüfen hat, so hat es andererseits das, was es zu prüfen hat, deshalb zu prüfen, weil es Voraussetzung ist, und was es nicht zu prüfen hat, ist eben auch keine Voraussetzung.

Die im § 36 genannten Tatbestände enthalten — ausdrücklich oder versteckt — zwei Gruppen von Tatsachen. Die erste nennt den abstrakten Fall einer Not oder eines Zweifels ohne Rücksicht auf den einzelnen Fall, z. B. Verhinderung eines Gerichts, Zweifel über die Zugehörigkeit einer Örtlichkeit zu einem bestimmten Gerichtsbezirk. Die andere Gruppe von Tatsachen zielt auf den konkreten Fall ab und stellt sich — zivilprozessual betrachtet — als Prozeßvoraussetzung des zu entscheidenden Rechtsstreits dar, z. B. die Frage, ob das verhinderte Gericht „an sich zuständig" ist oder ob der dingliche Gerichtsstand, der unter den in § 3 No. 4 genannten Voraussetzungen zweifelhaft ist, der für den konkreten Fall gegebene ist.

Unzweifelhaft ist jene erste Gruppe von Tatsachen prüfungsbedürftig. Andererseits hat das Gericht nach übereinstimmender Ansicht die Prozeß und Klagvoraussetzungen

[23]) Vgl. Schultzenstein, a. a. O., S. 77; Hellwig, Bd. II, § 105 III; Wach, Bd. I, S. 498; Gaupp-Stein, § 37 II; Seuffert, § 36, No. 2.

des einzelnen Rechtsstreits im allgemeinen nicht zu prüfen. Allein gewisse Prozeßvoraussetzungen schließt der § 36 in das Prüfungsbereich des Gerichts ein. Es ist nun die Frage, welches diejenigen Prozeßvoraussetzungen sind, deren Prüfung durch § 36, wie Stein sich ausdrückt, „unmittelbar geboten ist". Unbestritten ist für den Fall des negativen Kompetenzkonfliktes die Pflicht zu prüfen, ob eines der Gerichte für den Rechtsstreit zuständig ist. Nur dann ist nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes der Notfall gegeben, in dem das höhere Gericht helfen soll.

Für den Fall des positiven Kompetenzkonfliktes aber besteht mangels einer dem Fall No. 6 analogen Bestimmung für das höhere Gericht keine Pflicht, die Zuständigkeitsfrage des unteren zu erörtern.

In beiden Fällen aber — dies muß hier festgestellt werden — ist nicht gerade ein Streit über die örtliche Zuständigkeit Voraussetzung, vielmehr bezieht sich der § 36, No. 5 und 6 auch auf die sachliche. So die herrschende Ansicht.[24])

Wenn die wenigen Gegner dieser Ansicht[25]) betonen, daß sich der § 36 in dem Abschnitt „Gerichtsstand" befinde, und wenn Hellmann daran Anstoß nimmt, daß dasselbe Wort — „Zuständigkeit" — in § 36, No. 5 und 6 eine andere Bedeutung haben soll als in No. 1—4, wo es zweifellos nur örtliche Zuständigkeit bedeutet, so verweist man wohl am besten auf die Materialien zur Z.P.O.[26]) Wenn es da heißt, durch den § 11 soll „für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 36, No. 6 ausgeschlossen werden", so besagt dies doch, daß ohne den § 11 der Fall, daß zwei Gerichte sich sachlich für unzu-

[24]) Vgl. Wach, S. 497; Gaupp-Stein, § 36 III; Wilmowski-Levy, § 36, No. 1; Planck, Bd. I, § 225e, Anm.; Seuffert, § 36, No. 1; Schmidt, L., S. 270; Hellwig, Bd. II, § 105 I; Petersen, § 369a; Struckmann-Koch, § 37, No. 9.

[25]) Vgl. Förster-Engelmann, § 36, No. 6; Endemann, K., § 36, No. 1; Hellmann, L., § 27 III.

[26]) Mot. z. Entw. III, S. 51.

ständig erklären, möglich und damit auch der Fall des § 36, 6 gegeben wäre. Die Worte wären unverständlich, wenn auch ohne die Schutzvorschrift des § 11 der § 36, No. 6 sowieso nicht anwendbar wäre.

Für die Fälle No. 2—4 fragt es sich, ob hier das Gesetz irgendwelche Momente, die erst für den späteren Prozeß in Frage kommen, zur Voraussetzung für das Tätigwerden des Gerichtes machen wollte. Zum Falle No. 2 sagt Schultzenstein,[27]) es sei zu prüfen, welcher Ort rechtlich für die Zuständigkeit in dem betreffenden Falle maßgebend ist. Aber hierfür findet sich im Gesetz keinerlei Andeutung. Es muß — das ist die gegebene Voraussetzung — ein Ort mit Rücksicht auf die Grenzen eine Ungewißheit begründen. Ob dieser Ort im gegebenen Falle den richtigen Gerichtsstand schafft, ist von diesem Gericht nicht zu untersuchen. Diese Frage wird das spätere Gericht zu beschäftigen haben.[28])

Für den Fall No. 1 erhebt sich die Frage: Ist nur zu prüfen, ob das im Gesuch genannte Gericht behindert ist, oder ist auch das zu prüfen, ob es an sich zuständig ist?[29])

Wenngleich auf der Hand liegt, daß der Notfall, in dem das Gericht eingreifen soll, in concreto erst dann besteht, wenn das verhinderte Gericht auch das zuständige ist, so wird man diesen Umstand doch nicht mitsprechen

---

[27]) a. a. O.

[28]) Vgl. Seuffert, § 36, No. 2. Auch Stein (§ 37 II) ist wohl dieser Ansicht, denn „unmittelbar durch § 36 geboten" ist diese Prüfung sicherlich nicht. Desgleichen ergibt sich hiernach im Falle No. 3 die Notwendigkeit zu prüfen, ob nicht etwa ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand gegeben sei (vgl. Seuffert, a. a. O.; Wilmowski-Levy, § 37. No. 2), jedoch sind die anderen die Zuständigkeit betreffenden Tatsachen von No. 3 und 4 nicht zu prüfen. Sie sind, wie Wilmowski-Levy sich ausdrückt, „als gegebene hinzunehmen". Ebenso: Seuffert, a. a. O.: Reincke, Bd. I, 1b; Hellwig, Bd. II, § 105 III: Schultzenstein, a. a. O., S. 86/87.

[29]) Bejaht wird letzteres von Gaupp-Stein, § 36 III. 1; Schultzenstein, a. a. O., S. 81; verneint von Hellwig, Bd. II, § 105 III, No 21; Seuffert, § 36, No. 2; Wilmowski-Levy, § 37, Anm 2; Wach S. 498.

lassen dürfen; denn das liegt in den Fällen No. 2—4 genau so, liegt auch bei No. 6 so, wo sich die Inanspruchnahme des höheren Gerichts gleichfalls erübrigt, wenn es noch ein drittes zuständiges Gericht für den Kläger gibt, ohne daß die Bestimmung des zuständigen Gerichtes vom Nichtvorhandensein dieser Tatsache abhängig wäre.

Hier jedoch — im Falle No. 1 — findet sich die fragliche Tatsache im Gesetz erwähnt. Allein man kann eben im Zweifel sein, ob das Gesetz sie zur Bedingung, deren Vorhandensein erst das Tätigwerden der oberen Instanz rechtfertigt, erheben wollte, oder nur zur näheren Bezeichnung des von ihm ins Auge gefaßten Notfalles hinzusetzte. Ausschlaggebend dürfte hier letzten Endes die Erwägung sein, die ein ungenannter Verfasser[30]) anstellt, wenn er dort sagt: „Man kann dem Gesetzgeber nicht die Ungereimtheit unterschieben, daß er den Einwand der Unzuständigkeit, welcher sonst auf Grund einer mündlichen kontradiktorischen Verhandlung nach erhobenem Beweise durch Erkenntnis entschieden wird und sodann den ordentlichen Rechtsmitteln unterliegt, im Falle des § 36 auf Grund einseitigen, nicht einmal glaubhaft zu machenden Vorbringens durch Beschluß feststellen läßt und auch diesem noch jedes Rechtsmittel entzieht.“ Daher wird man mit Hellwig und den anderen oben angeführten Schriftstellern sagen müssen, daß die Erörterung der Frage, ob das bisherige Gericht auch wirklich das an sich zuständige war, dem künftigen Prozesse vorbehalten bleiben muß.

Wir haben also festgestellt, welches die generellen und speziellen Voraussetzungen des § 36 sind, wir haben ferner bereits festgestellt, daß auch mit der Begründung, das Gericht habe rechtlich gefehlt, der Beschluß nicht anfechtbar sei. Es bleibt übrig, den Standpunkt der Literatur festzustellen und dem Beweise durch den Gesetzestext den Beweis der Zweckmäßigkeit der Gesetzesbestimmungen anzureihen.

[30]) JW. 1886, S. 310.

Wie schon angedeutet, will Schultzenstein dem § 37, Abs. 2 die hier festgestellte Bedeutung nicht geben. Bevor er sich aber damit beschäftigt, daß de lege lata von einer Gebundenheit des Gerichts in diesem Falle die Zivilprozeßordnung nichts sage, sucht er de lege ferenda seine Ansicht zu verteidigen. Aber wenn nach seiner Meinung (S. 116) die Gebundenheit an einen Beschluß, der ohne die gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt ist, einem Verstoße gegen § 16 Z.P.O., einer Vorenthaltung des gesetzlichen Richters, gleich zu kommen scheint, so ist darin schon der Gedanke enthalten, daß das Gesetz, die Z.P.O., die Gebundenheit in diesem Falle ausschließe. Ist man aber mit uns der Ansicht, daß § 37, Abs. 2 den ohne Gesetzesgrund erlassenen Beschluß unanfechtbar mache, so ist eben der gewählte Richter, mag er auch ohne die Voraussetzungen des § 36 bestimmt worden sein, selbst in diesem Falle nach § 37, Abs. 2 der gesetzliche.

Die übrigen Argumente Schultzensteins sind bereits oben besprochen und zu widerlegen gesucht worden.[31])

Die hier vertretene Ansicht findet sich in der oben bereits zitierten Entscheidung des O.L.G. Dresden.[32])

Seuffert[33]) sagt hierzu: „Der Beschluß kann auch nicht aus dem Grunde angefochten werden, daß die Voraussetzungen zu einer Bestimmung des zuständigen Gerichts nicht gegeben seien . . . . Das Gericht, welches von dem höheren Gerichte bestimmt wurde, ist an die Bestimmung insoweit gebunden, als die Kognition des höheren Gerichtes bei der Vorbescheidung des Gesuchs reicht." Dieser letzte Satz drückt sehr gut den leitenden Gesichtspunkt aus. Man mag verschiedener Meinung darüber sein, wie weit die Voraussetzungen des § 36 und somit die

[31]) Wie er entscheiden auch Struckmann-Koch, § 37, No. 3.

[32]) R. d. O.L.G. Bd. 15, S. 66; ferner bei Hellwig, Bd. II, § 105 III; Petersen, § 37, No. 5; Wilmowski-Levy, § 37, No. 2, Reincke, § 37 b.

[33]) § 37, No. 3.

Prüfungsbefugnis des oberen Gerichts reicht; soweit man sie aber annimmt, ist das bestimmte Gericht gebunden.

Dies verkennt Stein. Er betont mit uns, daß der Bestellungsakt selbst jeder Nachprüfung entzogen ist, also auch bezüglich der Frage, ob die Voraussetzungen des § 36 überhaupt oder zur Zeit der Erhebung der Klage bestanden. Andererseits gibt er dem bestimmten Gerichte, z. B. im Falle No. 1, ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Frage, ob das verhinderte Gericht vor der Bestimmung an sich zuständig war, obwohl er diese Frage bereits der Prüfung des höheren Gerichts unterworfen wissen will.[34]) Zu welchem Ende sollte aber das höhere Gericht diese Frage prüfen, wenn nicht als Voraussetzung des § 36, No. 1? Zu Unrecht beruft sich Stein daher auch (No. 10 zu § 37 III) auf JW. 05, S. 148, denn in ihr heißt es gerade: „Nach dem erkennbaren Willen des Gesetzes soll jedenfalls insoweit, als das angerufene höhere Gericht durch den gestellten Antrag zu einer Kognition in der Sache veranlaßt war, durch den gefaßten Beschluß das letzte Wort gesprochen sein.“ Danach müßte Stein folgerichtig die Nachprüfungsbefugnis hinsichtlich der beispielsweise angeführten Frage verneinen.

Der Gedanke, daß das vom oberen Gericht Geprüfte und für vorliegend Erachtete keinerlei Prüfung unterliegen soll, entspricht zugleich dem Sinne des Gesetzes. Die Rechtsungewißheit, die das Gericht durch seinen Machtspruch aus der Welt schaffen soll, muß einmal ein Ende haben; der bei dem höheren Gericht Abhilfe Suchende muß eine Gewähr haben, daß er mit dem Spruche des Gerichts endgültig aus der Verlegenheit herauskommt, auch bezüglich der Entscheidung, daß der Notfall, den er geltend macht, wirklich einer ist. Man denke z. B. an den Fall des negativen Kompetenzkonfliktes: das Gericht X hat sich für unzuständig erklärt, ebenso das Gericht Y. Durch Beschluß des oberen Gerichts ist X für zuständig erklärt

[34]) § 36 III, No. 1.

worden. Sollte nun dieses Gericht auf Einrede des Beklagten nachprüfen und zu dem Ergebnis kommen dürfen, die Voraussetzungen des § 36, No. 6 hätten gar nicht vorgelegen, denn es sei weder X noch Y zuständig? Der Kläger wäre jetzt wieder so schlimm daran wie vorher. Wo sollte er Recht suchen, da doch möglicherweise diese Ansicht des unteren Gerichts irrig sein kann und in der Tat vielleicht X und kein anderes Gericht zuständig ist! Die Härte gegen den Antragsteller wäre nicht geringer wie umgekehrt möglicherweise die Härte gegen seinen Gegner. Das Gesetz mußte hier konsequenter Weise die Entscheidung des oberen Gerichts in vollem Umfange autoritativ gestalten.

Erwähnt sei noch, daß, wenn das Fehlen einer Voraussetzung nicht geltend gemacht werden kann, der Einwand, eine der Voraussetzungen sei nachträglich weggefallen, noch minder Anfechtungsgrund sein kann.

§ 9.

IV. Nichtgebundenheit des Gerichts wegen Unwirksamkeit der Bestimmung des höheren Gerichts.

Aus den angestellten Erwägungen folgt zugleich, daß umgekehrt das untere Gericht alles das nachprüfen kann, was nicht Gegenstand der Prüfung des oberen Gerichts war. Es kommen hier in Betracht die Prozeßvoraussetzungen des betreffenden Rechtsstreits, in Sonderheit die Frage der Zuständigkeit, soweit sie das obere Gericht nicht zu prüfen, sondern nur als vom Antragsteller behauptet hinzunehmen hatte. „Darüber entscheidet[35]) auch der Beschluß nicht, sondern er erledigt nur die Zuständigkeitsfrage in dem Umfange, in dem sie durch das Gesuch unterbreitet wird.“

„Auch die Einrede der Unzuständigkeit[36]) und die Prüfung der Zuständigkeitsfrage durch das Prozeßgericht wird durch Abs. 2 insoweit nicht berührt, als die rechtlichen und tat-

[35]) Hellwig, a. a. O.

[36]) Wilmowski-Levy, a. a. O.

sächlichen Voraussetzungen des Bestellungsaktes von dem Beschlußgericht nicht zu prüfen sondern als gegeben hinzunehmen sind."

Zweifellos könnte also z. B. das gewählte Gericht im Falle No. 4 prüfen, ob denn der dingliche Gerichtsstand überhaupt begründet ist, im Falle No. 3 feststellen, daß die Gerichtsstände, bei denen die Streitgenossen verklagt werden sollten, gar nicht die allgemeinen waren, weil diese Tatsachen das Gericht als gegeben annehmen mußte, dagegen nicht, daß überhaupt ein gemeinschaftlicher, besonderer Gerichtsstand gegeben war, weil diese Frage der Kognition des höheren Gerichts als Voraussetzung unterlegen hatte.

Die hier aufgestellte Ansicht vertritt ferner Stein, welcher darauf hinweist, daß die Zubilligung einer Prüfung seitens des bestimmten Gerichts, was diese Fragen betreffe, dem summarischen Verfahren, in dem die Bestimmung stattfindet, eine gewisse Berechtigung verleihe.[37])

Was macht nun, so wird man fragen müssen, das bestimmte Gericht in solchem Falle eigentlich geltend, da es doch das Vorhandensein der Voraussetzungen für den Beschluß sowie die Wahl als solche in keiner Weise anficht? Diese Frage wird so zu beantworten sein: Die Fälle No. 1—6 sind auch insofern unter sich verschieden, als das bestimmende Gericht in einzelnen Fällen nur zu prüfen hat, ob ein abstrakter Notfall vorliegt (No. 1—4), in anderen (No. 5 und 6) aber zugleich, ob denn der Gesuchssteller in concreto auch wirklich in der Notlage sich befinde. Es bleibt also in jenen Fällen noch der Einwand offen, daß zwar zugegebenermaßen der in § 36 statuierte Notfall

[37]) Derselben Ansicht sind ferner: Petersen, § 37, No. 5; Struckmann-Koch, § 37, No. 3; Förster-Engelmann, § 37, No. 1; Reincke, § 37, No. 6 und schließlich auch Schultzenstein, der zwar nicht durch diese Tatsache allein — gibt er doch ein Anfechtungsrecht in viel weiterem Umfange — wohl aber durch die besondere Heraushebung dieser Fälle (S. 118) beweist, daß seine Erwägungen mit den unseren übereinstimmen.

vorlag, daß also das Gericht zur Bestimmung berechtigt war, daß ferner diese Bestimmung durchaus nicht angefochten werden solle, — daß aber der Kläger sich gar nicht in der Notlage befinde, für die das Gericht seine Bestimmung getroffen habe. So löst z. B. im Falle No. 4 das höhere Gericht den Zweifel, welches der dingliche Gerichtsstand sei, dadurch, daß es ein Gericht als dinglichen Gerichtsstand bezeichnet; das untere Gericht kann aber immer noch feststellen, daß der dingliche Gerichtsstand nicht begründet war, daß es also unzuständig sei.

In den zuletzt genannten Fällen mag zwar formell ein Fall vorliegen, wo ein Gericht an die seine Zuständigkeit bejahende Entscheidung nicht gebunden ist; logischer Weise liegt es aber so: die Bestimmung des höheren Gerichts erfolgt in diesen Fällen nur unter der Voraussetzung, daß der abstrakte Notfall, für den es Abhilfe schafft, auch wirklich konkret vorliege. Erst dann tritt sie wenigstens in Wirksamkeit.

2. Kapitel: Entscheidungen, die formell die Zuständigkeit eines anderen, materiell die eigene Zuständigkeit betreffen.

§ 10.

A. Bejahung der Zuständigkeit.

I. Einleitendes. — Der § 11.

Die bisher erörterten Fälle sind die einzigen, in denen ein Gericht befugt ist, eine Entscheidung zu fällen, die materiell und formell einem anderen Zuständigkeit gibt oder nimmt. Allein eine solche, die Zuständigkeit eines fremden Gerichts angehende Entscheidung kann auch indirekt dadurch erfolgen, daß ein Gericht formell über seine eigene Zuständigkeit, materiell dadurch auch über die eines anderen Gerichts entscheidet. Dieser Fall ist jedoch nur dann möglich, wenn es sich um die sachliche Zuständigkeit handelt. Denn[38]) „bei der Entscheidung über die sach-

[38]) Gaupp-Stein zu § 322 VII a.

liche Zuständigkeit handelt es sich stets um ein aut-aut. Die Alternative ist eine ausschließliche, und die Verneinung der einen enthält als kontradiktorischen Gegensatz . . . . die Bejahung der anderen in sich: wenn das Landgericht unzuständig ist, muß das Amtsgericht zuständig sein".

Anders bei der örtlichen Zuständigkeit. Denn zu der Bejahung der örtlichen Zuständigkeit des einen Gerichts bildet die Verneinung derjenigen eines anderen nur das konträre, nicht das kontradiktorische Gegenteil. Die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts schließt die eines anderen nicht aus, die örtliche Unzuständigkeit eines Gericht besagt nur, daß irgend eines der anderen Gerichte, nicht aber, welches zuständig sei.

Den Fall der Verneinung der eigenen und somit Bejahung der sachlichen Zuständigkeit eines anderen Gerichts behandelt der § 11. Hierzu sagt Stein:[39])

„Die rechtskräftige (§ 705) Abweisung einer Klage auf Grund der sachlichen Zuständigkeit enthält an sich nur eine Verneinung. Aber die Rechtskraft des Urteils bedeutet in allen Fällen nicht nur die bindende Kraft ihres Inhalts, sondern auch diejenige des logischen Gegenteils dieses Inhalts."

Auf unsere Frage, ob das Gericht, dessen Zuständigkeit auf diese Weise bejaht wird, an diese Entscheidung gebunden ist, antwortet der § 11 mit ‚ja', wenn er sagt: „Ist die Zuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird."

Doch diese scheinbar so unzweideutige Norm ergibt bei näherer Untersuchung Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Umfanges der Gebundenheit und auch bezüglich der Voraussetzungen, die der § 11 nennt.

Schließlich ist auch noch das Anwendungsgebiet der Bestimmung festzulegen.

---

[39]) § 11 II.

§ 11.

II. Umfang der Gebundenheit nach § 11.

Es sei zunächst unter der Annahme, daß die Voraussetzungen des § 11 vorliegen, der Umfang der Gebundenheit untersucht.

Bindend für das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, ist nach § 11 die Entscheidung, daß das erste Gericht unzuständig sei. Wie bereits erwähnt, kann diese Entscheidung für das gebundene Gericht nur das eine besagen, daß es sachlich zuständig sei. Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit ist durch die Feststellung der Unzuständigkeit jenes Gerichts ihm in keiner Weise präjudiziert. Dementsprechend kann das spätere Gericht nur insofern gebunden sein, als es seine sachliche Zuständigkeit annehmen muß. Ob es aber örtlich zuständig sei, hat es von sich aus erst noch zu prüfen. Es kann also in dieser Beziehung sehr wohl zu einem negativen Ergebnis kommen.[40])

Es besteht eine Streitfrage hinsichtlich des Umfanges der festgestellten Bindung, dahingehend, ob das Gericht seine sachliche Zuständigkeit schlechthin annehmen muß, oder ob es nur insoweit gebunden ist, als derselbe Zuständigkeitsgrund in Frage steht. In der Begründung von der einen oder anderen Partei ist vielfach auf die Motive[41]) hingewiesen. Dort heißt es: „Durch diese Vorschrift soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, und dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 36, No. 6 ausgeschlossen werden."

Die Worte: „aus demselben Grunde" begünstigen zweifellos die Auslegung, welche zu einer Bindung in beschränktem Umfange kommt. So sagen denn auch Struck-

[40]) Vgl. z. B. Gaupp-Stein, § 11 I; Wilmowski-Levy, § 11, No. 1; Petersen, § 11, No. 6; Endemann, K. § 11 I.

[41]) Mot. zum Entw. III, S. 51.

mann-Koch (§ 11, No. 1) eben in Rücksicht auf die Motive, daß die Entscheidung nur dann bindend sei, wenn derselbe Grund in Frage stehe. Wenn sich also beispielsweise ein Amtsgericht in Hinblick auf die Höhe des Streitwertes für unzuständig erklärt hat, so könnte sich danach das Landgericht immer noch für sachlich unzuständig erklären, weil zwar die Höhe des Streitwertes auf seine eigene Zuständigkeit hinweise, die Sache aber zu denjenigen gehöre, die ohne Rücksicht auf den Wert dem Amtsgerichte überwiesen seien.[42])

Auch die andere Ansicht, daß das zweite Gericht bedingungslos seine sachliche Zuständigkeit annnehmen müsse, ist vielfach vertreten. So sagt Seuffert,[43]) der Text der Motive scheine zwar die gegnerische Ansicht zu begünstigen. „Die Auslegung ist aber mit dem Texte (des § 11) unvereinbar, denn darin sind die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit als einheitliche Gruppe von Rechtsnormen aufgeführt.

Petersen[44]) hält sich, wie Seuffert, an den Text des § 11 und meint, dieser Fall habe den Motiven nicht vorgeschwebt. Sein Versuch, ihrem Wortlaut auch seine Auffassung abzugewinnen, erscheint allerdings etwas gekünstelt.[45])

Eine merkwürdige Rolle in dieser Frage nimmt eine Reichsgerichtsentscheidung vom 15. XI. 1886 ein.[46]) Die Meinungen hinsichtlich ihrer Stellungnahme zu dieser Frage gehen nicht weniger auseinander als die in der Streitfrage selbst.

---

[42]) Wie Struckmann-Koch entscheiden auch Reincke, § 11 Kb.; Endemann, § 11 II, Abs. 2; Förster-Engelmann, § 11, No. 16.

[43]) § 11, 1.

[44]) § 11, No. 4.

[45]) Mit Seuffert und Petersen stimmen im Ergebnis überein: Wilmowski-Levi, § 11, No. 1; Hellwig, Bd. II, § 94, Anm. 46; Gaupp-Stein, § 11 II.

[46]) Bd. 17, S. 383 ff.

Von Engelmann wird sie als Beleg für seine Ansicht angeführt. Andererseits glaubt sie Petersen[47]) für sich in Anspruch nehmen zu dürfen, er, der wie oben erwähnt, in der Auffassung dieser Frage mit ersterem durchaus divergiert. Ebenso berufen sich Wilmowski und Levy[48]), die gleichfalls die Petersensche Ansicht teilen, auf jene Entscheidung, während wiederum Reincke, mit Förster-Engelmann einer Ansicht, in demselben Urteil einen Beleg für seine Auffassung zu entnehmen scheint. Bei Struckmann-Koch endlich finden wir, wie oben angeführt, die mit der Försterschen und Reinkeschen Ansicht identische vertreten und dahinter die Worte: „So anscheinend R.G. Bd. 17, S. 383."

Sehen wir uns daraufhin die fragliche Entscheidung an. Der Tatbestand ist folgender: Das Amtsgericht M. hatte auf Grund des § 39 Abs. 2 des preußischen A.G. zum G.V.G. rechtskräftig seine Unzuständigkeit ausgesprochen. Der Rechtsstreit war an das Landgericht M. verwiesen worden. Aus § 11 ergibt sich nun, „daß das Landgericht M. nicht in der Lage war, auf Grund der Annahme der Unanwendbarkeit des § 39 Ziff. 2 des Ausführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz seine Unzuständigkeit auszusprechen. Für das Landgericht stand vielmehr mit dem rechtskräftigen Urteile des Amtsgerichtes die Zuständigkeit des Amtsgerichts fest. Und wenn auch das Landgericht nicht gehindert gewesen sein würde, aus anderen Gründen sich für unzuständig zu erklären.

Vgl. Seuffert, Komm.Anm. 2 zu § 11 Z.P.O.; v. Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 11 Z.P.O.

so würde es doch aus dem Grunde der Nichtanwendbarkeit des § 39, 2 des A.G. zum G.V.G. nicht mehr seine Unzuständigkeit haben aussprechen dürfen. War aber solcher Gestalt die Frage der Unzuständigkeit des Amtsgerichts und da es sich im vorliegenden Falle nur darum handeln konnte, ob die Sache zur

[47]) § 11, No. 4, Anm. 6.
[48]) § 11 I.

amtsgerichtlichen oder landgerichtlichen Zuständigkeit gehört, gleichzeitig die der Zuständigkeit des Landgerichts für das Landgericht entschieden . . . . . ".

Offenbar halten sich Struckmann-Koch, Engelmann und Reincke an die Worte: „aus anderen Gründen;" allein das Reichsgericht kann mit diesen Worten nur gemeint haben, daß das Landgericht sich immer noch für örtlich unzuständig erklären konnte, sonst stünde diese Bemerkung ja in entschiedenem Widerspruch zu der gleich darauf ausgesprochenen Erkenntnis, daß mit der Unzuständigkeit des Amtsgerichts gleichzeitig die Zuständigkeit des Landgerichts feststand. Man könnte doch — wie es das Reichsgericht tut — eine Frage vernünftigerweise nicht als entschieden bezeichnen, wenn sie noch aus anderen Gründen der Abänderung fähig wäre. Andererseits würde die Unzuständigkeit in örtlicher Beziehung an dieser Entscheidung nicht rütteln können; denn diese Entscheidung bezeichnet nur das spezielle Landgericht, das Landgericht M. als unzuständig, entschieden bleibt aber die Frage, daß das Landgericht als solches (im Gegensatz zum Amtsgericht) zuständig ist.

Wollte man die Stelle anders auffassen, so wäre auch die Zitierung Seufferts und Wilmowski-Levys unverständlich, denn letzterer schließt sich durchaus der Ansicht an, daß die sachliche Zuständigkeit unbedingt für das zweite Gericht feststehe, andererseits weisen beide an der genannten Stelle (für Seuffert kommt die zweite Auflage von 1883 in Betracht!), darauf hin, daß in der Frage der örtlichen Zuständigkeit das Gericht freie Hand habe.

Somit ist festzustellen, daß das Reichsgericht ganz deutlich ausspricht, die Unzuständigkeitserklärung des ersten Gerichts gemäß § 11 binde das zweite bedingungslos, soweit es sich um die sachliche Zuständigkeit handelt. Daher berufen sich Engelmann, Reincke und Struckmann zu Unrecht auf diese Entscheidung.

Um zu einer richtigen Lösung dieser Frage zu gelangen, wird man den Inhalt der Entscheidung des ersten Gerichts genau präzisieren müssen.

Denn soweit diese Entscheidung inhaltlich reicht, reicht auch die Bindung des zweiten Gerichts.

Da nun der Ausspruch des ersten Gerichts zunächst nur die Frage seiner Zuständigkeit behandelt, muß man sich fragen, welches das die Zuständigkeit des zweiten Gerichts betreffende „logische Gegenteil" seines Inhalts ist.

Würde nun das erste Gericht sagen: wir sind sachlich unzuständig, soweit der und der Grund in Frage kommt (möglicher Weise begründet ein anderes Moment unsere sachliche Zuständigkeit), dann würde allerdings der für die Gebundenheit in Betracht kommende kontradiktorische Gegensatz lauten: das zweite Gericht ist sachlich zuständig, aber nur soweit derselbe Grund in Frage kommt, aus dem das erste unzuständig war.

Doch so liegt es nicht.

Das erste Gericht will ja seine Zuständigkeit zusammenfassend, unter Berücksichtigung aller Umstände, prüfen. Es sagt: wir sind aus dem und dem Grunde, also, da es keine teilweise sachliche Unzuständigkeit gibt, überhaupt sachlich unzuständig. Folglich ist das zweite Gericht überhaupt sachlich zuständig. Dieser Inhalt wird bindend.

Das so gewonnene Ergebnis wird man als durchaus befriedigend hinstellen müssen. Nur so kann der Zweck des § 11, widersprechende Entscheidungen zu verhüten und so einer Rechtsunsicherheit und Untergrabung des Ansehens der Gerichte vorzubeugen, voll erreicht werden. Die gegenteilige Auffassung entspricht, um mit Petersen zu reden, „weder dem Wortlaut noch dem Grunde des Gesetzes, nachdem die Anwendung des § 36, Ziff. 6 tunlichst beschränkt und über die sachliche Zuständigkeit (vorbehaltlich des Gebrauchs der Rechtsmittel) nur einmal entschieden werden soll".

§ 12.

III. Voraussetzungen des § 11.

Was nun die Voraussetzungen des § 11 anlangt, so wird verlangt, daß die Entscheidung formell rechtskräftig geworden sei. Würde ein zweites Gericht vor Ablauf der bestimmten Frist (§ 705) von einer der Parteien angegangen, so könnte es sich gleichfalls für zuständig erklären. Doch wird dieser Fall selten praktisch werden, da ja der an der Verhinderung einer derartigen Entscheidung interessierten Partei jederzeit die Einrede der Rechtshängigkeit zu Gebote stände.

Es ist ferner Erfordernis, daß die Unzuständigkeit ausgesprochen ist auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit. Die Bindung bezieht sich also nicht auf die örtliche Zuständigkeit und auf die Zuständigkeit nach Geschäften, die sogen. funktionelle Kompetenz. Was die erstere betrifft, so ist — wie oben dargelegt — der innere Grund der, daß mit der Erklärung der örtlichen Unzuständigkeit für die eines zweiten Gerichts nichts gesagt sein kann. Bezüglich der letzteren bedarf es noch einer näheren Eröterung. Es handelt sich „um eine dritte Art der Zuständigkeit", um den Fall, daß „innerhalb eines Rechtsstreits einzelne Geschäfte um ihrer Eigenart willen einem anderen als dem Prozeßgericht I. Instanz übertragen werden".[49])

Die Frage sei an der Hand zweier Urteile erörtert, die vom O.L.G. Kiel und (auf eingelegte Revision hin) vom Reichsgericht in derselben Sache, aber mit gegensätzlicher Entscheidung, ergangen sind.[50])

Der Kläger hatte beim Amtsgericht ein Urteil auf Lieferung einer Kuh erwirkt. Als der Beklagte nicht erfüllen konnte, klagte er 380 Mk. als Interesseforderung auf Grund des § 893 Abs. 2 Z.P.O. beim Amtsgericht ein. Das Amtsgericht wies die Klage ab, weil der Anspruch die

[49]) Gaupp-Stein vor § 1 VIII.

[50]) Das Recht, 1906, S. 754, 1814 und R.G.E. Bd. 66, S. 17.

Kompetenz der Amtsgerichte übersteige. Das Landgericht erklärte sich gleichfalls für unzuständig. Kläger legte Berufung beim Oberlandesgericht ein. Dieses führt a. a. O. aus, es sei zunächst zu prüfen, ob das Landgericht angesichts § 11 berechtigt war, seine Zuständigkeit zu prüfen. Die Frage sei zu bejahen. Der § 11 zit. beschäftige sich, wie der vorhergehende § 10, nur mit der sachlichen, nicht mit der örtlichen Zuständigkeit und nicht auch mit der sogen. „funktionellen Kompetenz". Diese begründe aber § 893 Abs. 2. Das Landgericht sei hiernach an die Entscheidung des Amtsgerichts nicht gebunden.

Dem gegenüber führt das Reichsgericht aus: allerdings beziehe sich § 11 nicht auf die funktionelle Kompetenz Das komme jedoch hier nicht in Frage. Das Amtsgericht habe die Klage abgewiesen, weil der Anspruch die Kompetenz überschreite. Daraus erhelle, daß das Amtsgericht sich in jedem Falle auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit für unzuständig erklärt hat, sei es, daß es die Bestimmung des § 893 Abs. 2 übersah, sei es, daß es annahm, diese Bestimmung begründe gar keine funktionelle Kompetenz, belasse es vielmehr bezüglich der sachlichen Zuständigkeit bei den allgemeinen Bestimmungen, sei es, daß es die Voraussetzungen des § 893,2, (der allerdings funktionelle Kompetenz begründe), für nicht gegeben hielt und deshalb auf die allgemeinen Bestimmungen einging. Immer ist — das ist damit bewiesen — die Voraussetzung des § 11 gegeben gewesen, daß das erste Gericht sich für sachlich unzuständig habe halten müssen. Demgemäß ist das Landgericht gebunden gewesen.

Die Argumentation des Reichsgerichts ist zweifellos richtig. Aber auch das O.L.G. hat zweifellos wenigstens mit der Behauptung recht, daß § 11 sich nicht mit der funktionellen Kompetenz beschäftigte.

Wann kann nun diese Tatsache praktisch werden? Wann ist mit anderen Worten, sobald die funktionelle Kompetenz in Frage steht, die Unzuständigkeitserklärung

des Gerichts in Wahrheit eine Entscheidung auf Grund der Vorschriften über die funktionelle Kompetenz und das zweite Gericht also nicht gebunden?

Jede Unzuständigkeitserklärung kann sich nur darauf gründen, daß die örtliche oder daß die sachliche Unzuständigkeit nicht begründet sei, wie jede Zuständigkeitserklärung nur darauf beruhen kann, daß ein Gericht örtlich und sachlich zuständig ist. Ein drittes gibt es nicht. Wenn ein Gericht sich für zuständig erklärt, weil ein Fall der funktionellen Kompetenz gegeben sei, so kann es das eben nur, weil diese Kompetenz örtliche und sachliche Zuständigkeit zugleich ohne Rücksicht auf die sonstigen Normen bedeutet. Findet aber ein Gericht, daß für eine Klage der Fall einer funktionellen Kompetenz nicht gegeben sei, so besagt dies nur, daß der Tatbestand kein solcher privilegierter ist, auf Grund dessen das Gericht a priori zuständig ist. Hier muß es also auf die allgemeinen Kompetenzregeln zurückgehen und danach seine Zuständigkeit prüfen. Es kann demgemäß von Rechts wegen gar keine Verneinung der Zuständigkeit geben, die sich nur darauf gründet, daß der Fall der funktionellen Kompetenz nicht gegeben sei.

Allein das Gericht kann irren. Weist es trotzdem eine Klage aus diesem Grunde ab, so ist in diesem Falle das zweite Gericht nicht gebunden. Denn die Entscheidung der Unzuständigkeit seitens des ersten Gerichts beruht hier nicht auf der Anwendung der Bestimmungen über die sachliche Unzuständigkeit; diese hatte es hier gar nicht geprüft.

§ 13.

IV. Anwendungsgebiet des § 11.

Bei der Feststellung des Anwendungsgebietes des § 11 soll zuerst sein Verhältnis zu den ordentlichen, dann zu den besonderen Gerichten festgestellt werden. Bei den ordentlichen sind besonders hervorzuheben die Fälle, in denen die Unzuständigkeitserklärung nach der Z.P.O. mit

einer Verweisung an das zuständige Gericht verbunden ist. Einer besonderen Besprechung bedarf ferner das Verhältnis von Zivilkammer und Kammer für Handelssachen hinsichtlich § 11.

„Die Bindung (nach § 11) greift Platz, gleichviel ob eine Verweisung gemäß § 276 oder den §§ 505 ff. ausgesprochen ist oder nicht.“[51] Der § 276 bestimmt die Verweisung vom Landgericht an ein Amtsgericht auf Antrag des Klägers; den umgekehrten Fall finden wir in § 505 geregelt. In beiden Fällen gilt der Rechtstreit bei dem zweiten Gerichte anhängig, sobald das Urteil rechtskräftig ist.

Eine besondere Stelle nimmt der § 506 ein. Nicht so sehr, weil seine Voraussetzungen ganz spezielle sind oder weil die danach begründete Unzuständigkeit sich erst im Laufe des Prozesses herausstellen kann, als vielmehr deshalb, weil (seit der Novelle von 1898) die Unzuständigkeit hier durch Beschluß auszusprechen ist. Früher geschah dies wie im Falle des § 505 durch Urteil: jetzt hat das Gericht bei gegebenen Voraussetzungen auf rechtzeitigen Antrag einer Partei hin durch Beschluß seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen. „Eine Anfechtung des Beschlusses (§ 506, Abs. 2), durch welchen dem Antrag entsprochen wird, findet nicht statt; mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig.“ Das dieses auch hier insofern gebunden ist, als es sich nicht mehr für sachlich unzuständig erklären kann, wird fast allgemein angenommen, doch wird die Begründung teils aus § 11, teils aus den Worten: „Der Beschluß ist unanfechtbar“ hergeleitet.

Anders Petersen.[52] Seiner Ansicht nach ist das Landgericht nicht gebunden. „Die Annahme, daß . . . der Verweisungsbeschluß die sachliche Zuständigkeit der Land-

[51] Gaupp-Stein, § 11 I.
[52] § 506 III a, a. E.

gerichte in einer für dieses bindenden Weise feststelle, läßt sich begrifflich nicht wohl rechtfertigen und ist im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gelangt."

Während also Petersen eine gesetzliche Bestimmung hierfür vermißt, ziehen die Gegner seiner Ansicht gar zwei voneinander ganz verschiedene Gesetzesnormen zum Beweise heran. Ein Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg aus dem Jahre 1905[53]) lautet: „Da ein solcher Beschluß nach Abs. 2 daselbst unanfechtbar, eine Nachprüfung daher ausgeschlossen ist und mit seiner Verkündung der Rechtsstreit als beim Landgericht anhängig gilt, so bleibt dieses unabänderlich an jene Entscheidung gebunden und muß auch einen zu Unrecht verwiesenen Prozeß verhandeln."

Ebenso leitet wohl das O.L.G. Marienwerder in einem Urteil vom 25. XI. 1904 die Gebundenheit des Gerichts aus § 506 Abs. 2 her. Hier ist auch Hellwig[54]) zu nennen, wenn er die Bindung aus der genannten Bestimmung folgen läßt und so den § 506 den §§ 276, 505, wo § 11 in Betracht komme, gegenüberstellt.

Für diese Bewertung des § 506 Abs. 2 könnte nun — ähnlich wie bei § 37 Abs. 2 — wieder geltend gemacht werden, daß eine Beschwerde schon nach § 567 ausgeschlossen sei, die Unanfechtbarkeit des Beschlusses also auch eine Gebundenheit des Gerichts nach erfolgter Verweisung bedeuten müsse. Allein aus den Motiven[55]) scheint doch hervorzugehen, daß lediglich jener Gedanke noch einmal deutlich ausgesprochen werden sollte. Es lag dem Gesetzgeber in erster Reihe daran, eine Verschleppung der Prozesse zu verhüten. Wenn er darum das Urteil durch den Beschluß ersetzte, so konnte zu der ihn leitenden Erwägung, daß Urteilen nie, Beschlüssen aber sehr wohl die Anfechtbarkeit entzogen werden könne, der letzte Gedanke: dieser Beschluß nun soll unanfechtbar sein, immerhin an dieser Stelle zweckmäßig ausgedrückt werden.

[53]) Rechtspr. d. O.L.G., Bd. 13, S. 170.

[54]) Bd. II, § 94 V b.

[55]) Komm.-Ber. üb. d. Nov. z. Z.P.O., S. 110 (Hahn, Bd. VIII.)

Andererseits ergibt sich nun die Gebundenheit des Landgerichts aus § 11. Daß das Gericht hier an eine durch Beschluß ausgesprochene Entscheidung über die Zuständigkeit gebunden sein soll, spricht nicht gegen seine Anwendbarkeit. Auch Beschlüsse sind der formellen Rechtskraft fähig.[56]) Es kann auch sonst nicht befremden. Der § 11 — Seuffert § 506 3a — enthält keine Einschränkung auf Entscheidungen in Urteilsform, und die Gebundenheit des Landgerichts an einen amtsgerichtlichen Beschluß ist nicht auffälliger, als die Gebundenheit an eine in Urteilsform erlassene Entscheidung des Amtsgerichts.[57])

Teilweise abweichend lautet eine Entscheidung des O.L.G. Stettin.[58]) Es wird der Gedanke zurückgewiesen, daß das Landgericht nicht etwa als Beschwerdeinstanz, sondern als Gericht 1. Instanz von Amts wegen in eine Nachprüfung des Verweisungsbeschlusses sollte eintreten können; der § 11 gelte auch für diesen Fall. Nur dann — heißt es weiter — müßte eine solche Nachprüfung eintreten, wenn gemäß § 274 Beklagter die Unzuständigkeit des Gerichtes eingewendet hätte. Dies würde aber, falls die Überweisung zu Unrecht erfolgt wäre, nicht zu einer Zurückverweisung an das Amtsgericht, die der § 11 ausschließen will, sondern zur Abweisung der Klage führen „(Stein § 506 A. II Abs. 2)".

Aber eine solche Unterscheidung ist doch wohl nicht zu rechtfertigen, wie sich denn auch das Oberlandesgericht auf Stein — er weist ausdrücklich darauf hin — zu Unrecht beruft. Es irrt auch, wenn es meint, der § 11 wolle nur eine Zurückverweisung ausschließen. Genau so will er verhindern, daß die Klage beim zweiten Gericht abermals abgewiesen werde, wie dies auch die Motive zu § 11 deutlich aussprechen, und die Gebundenheit, die er statuiert,

---

[56]) Vgl. Gaupp-Stein, § 329 II. a. E.

[57]) Diese Ansicht vertreten ferner: § 506 II, 2; Sydow-Busch, zu § 11; Struckmann-Koch, § 11, No. 2; Förster-Engelmann, § 506 b.

[58]) Rechtspr. d. O.L.G. Bd. V. S. 83.

wäre eine höchst unvollkommene, wenn sie vom Belieben der Parteien abhinge. — — — —

Auf das Verhältnis von Zivilkammer zur Kammer für Handelssachen (§ 100 G.V.G.) findet § 11 keine Anwendung. Denn die Frage, ob diese oder jene für den Rechtsstreit in Betracht kommt, ist keine Zuständigkeitsfrage, sondern lediglich eine Frage der Geschäftsverteilung. Es kann zwischen beiden eine Unzuständigkeitserklärung, darauf beruhend, daß die andere Kammer zuständig sei, nicht vorkommen.[59])

Wenn daher § 107 G.V.G. anordnet, daß bei Verweisung an eine andere Kammer diese Entscheidung für die Kammer, an welche der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend wird, so ist hierin zwar eine in der Wirkung dem § 11 entsprechende Norm zu sehen, doch fallen diese Bestimmungen, eben weil es sich nicht um Zuständigkeit handelt, nicht unter die hier zu erörternde Frage.

Was die Bedeutung des § 11 für das Verhältnis der ordentlichen zu den besonderen Gerichten anlangt, so können letztere — wie Stein[60]) bemerkt — in zwei Fällen der Bestimmung des § 11 unterworfen werden, nämlich einmal, soweit die Vorschriften der Z.P.O. auch für die Sondergerichte gelten und zweitens, sofern kraft ausdrücklicher Vorschrift der § 11 auch hier gelten soll. Für die erste Möglichkeit kommt § 3 Abs. 2 E.G. z. Z.P.O. in Betracht. Hiernach gilt für die genannten Fälle die Z.P.O. und somit § 11 solange, als keine von dieser Norm abweichende Bestimmung getroffen ist. Andererseits gilt für einige andere Sondergerichte der § 11 erst kraft besonderer Vorschrift.[61])

---

[59]) Vgl. hierzu u. a.: Seuffert, § 11, No. 1, Abs. 2; Wilmowski-Levy, § 11, No. 1; Petersen, § 11, No. 6; Wach, Bd. I, § 29a III.

[60]) § 11 I.

[61]) So bestimmt § 28 des Gew.-Ger.-Ges. (vom 29. Juli 1890 Fassung der Bekanntmachung vom 29. September 1901) „Die Vorschrift des § 11 der Z.P.O. . . . . findet in dem Verhältnis der Gewerbegerichte und der ordentlichen Gerichte Anwendung. Eine

Einen dem § 11 analogen Fall behandelt § 7 E.G. z. Z.P.O. Ist in einem Bundesstaat, der ein oberstes Landesgericht besitzt, bei diesem Gerichte Revision eingelegt, so gilt für den Fall, daß es sich für unzuständig erklärt, weil das Reichsgericht zuständig sei, folgendes (§ 7 Abs. 2): „Die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit ist auch für das Reichsgericht bindend.“ Die Gebundenheit ist eine vollständige, da ja sachliche und örtliche Zuständigkeit hier in eines zusammenfallen.

§ 14.

B. Verneinung der Zuständigkeit.

In derselben Weise wie in den Fällen unter A, nämlich nur über die eigene, materiell auch über die Zuständigkeit anderer Gerichte entscheidend, kann ein Gericht die Zuständigkeit eines anderen auch verneinen. Auch hier gibt der § 11 die grundsätzliche Norm. Denn wie die Feststellung eines Gerichtes, daß es unzuständig sei, gleichbedeutend ist mit der Bejahung der Zuständigkeit des über- oder untergeordneten Gerichts, so enthält sie des weiteren die Entscheidung, daß alle ihm, dem entscheidenden Gerichte, sachlich gleichgeordneten Gerichte ebenfalls sachlich unzuständig seien. Auch alle diese koordinierten Gerichte sind somit nach § 11 gebunden. Dies ist, wie Förster-Engelmann ausführt, die negative Wirkung jeder Inkompetenzerklärung, daß sie zugleich der Rechtsprechung sämtlicher gleichgeordneten Gerichte eine Schranke setze. Erst hierdurch werde der Zweck des Gesetzes erreicht.

---

solche Entscheidung des ordentlichen Gerichts ist auch insoweit, als sie auf der Annahme der örtlichen Zuständigkeit eines bestimmten Gewerbegerichts beruht, für die letztere bindend.“ Hier nimmt also die Gebundenheit des Gerichts einen größeren Umfang an, insofern sie auch die Frage nach der örtlichen Zuständigkeit der Nachprüfung entzieht.

II. Hauptteil.

Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die es selbst über seine Zuständigkeit entscheidet?

1. Kapitel: Allgemeines.

§ 15.

A. Einleitung.

I. Notwendigkeit einer ausdrücklichen Entscheidung über die Zuständigkeit?

Der zweite Abschnitt der vorliegenden Abhandlung soll die Frage der Gebundenheit des Gerichts erörtern hinsichtlich derjenigen Entscheidungen, die das Gericht selbst über seine eigene Zuständigkeit fällt.

Daraus, daß sich das Gericht in jedem Prozesse über die Frage seiner Zuständigkeit klar werden muß, folgt noch keineswegs, daß es immer einer ausdrücklichen Entscheidung zur Erledigung dieses Punktes bedarf. Es kann ein Prozeß angestrengt und zu Ende geführt werden, ohne daß der Zuständigkeit überhaupt Erwähnung geschieht. Hier gelangt dadurch, daß das Gericht eine Sachentscheidung fällt, ja schon dadurch, daß es überhaupt zur Sache verhandeln läßt, implicite zum Ausdruck, daß es sich für zuständig halte.

Nur jene Fälle, in denen es zu einer wirklichen Entscheidung über die Zuständigkeit kommt, hat unser Thema im Auge. Denn ob nun das Gericht noch gar keine Entscheidung oder ob es selbst eine Sachentscheidung gefällt haben mag, uns interessiert die Frage der Gebundenheit immer nur dann, wenn es eine eigens seiner Zuständigkeit geltende Entscheidung erlassen hat. Denn nur hier werden sich uns Probleme entgegenstellen, die einer Lösung bedürfen. Wenn das Gericht, das sich ursprünglich für zuständig erachtete und darum in die Sachverhandlung eintrat, nachträglich wieder seine Ansicht als irrtümlich erkennt, so wird kein Bedenken dagegen obwalten, daß es sich nun-

mehr für unzuständig erklärt. Denn das, was diese Möglichkeit in Frage stellen könnte — an sich soll doch die Berichtigung eines Irrtums nie abgeschnitten werden — liegt hier nicht vor: es ist über diesen Punkt noch keine Entscheidung ergangen, an der festzuhalten irgend ein öffentliches oder privates Interesse erforderte, und daß, sofern es sich um die Bindung in einem neuen Prozeß handelt, die gar nicht ausdrücklich oder allenfalls in den Gründen des Urteils ausgesprochene Ansicht des Gerichts für die materielle Rechtskraft nicht in Betracht kommen kann, bedarf nur der Erwähnung.

Somit scheiden diese Fälle für die folgende Erörterung aus.

§ 16.

II. Übersicht über das Folgende.

Wir haben die Gebundenheit oben dahin definiert, daß der Inhalt, der die Zuständigkeitsfrage erledigenden Entscheidung, also entweder die Zuständigkeit oder die Unzuständigkeit, für das Gericht ein für allemal feststeht. Nun besteht die Möglichkeit, sich vom Inhalt einer solchen Entscheidung abzuwenden, für das Gericht naturgemäß nur dann, wenn es mit der Sache befaßt ist. Dies ist aber einmal der Fall für die Dauer des Prozesses, in dem die betreffende Entscheidung erging, sodann aber mit dem Augenblick, wo ihm derselbe Prozeßstoff, dem die Entscheidung zugrunde lag, von neuem unterbreitet wird.

Hier eröffnen sich verschiedene Gesichtspunkte.

Will das Gericht noch innerhalb desselben Prozesses von der Entscheidung abweichen, so bleibt ihm nur der eine Weg, sie abzuändern oder aufzuheben. Neben die erste Entscheidung formell eine neue zu setzen, wäre in jedem Falle unangängig, da eine jede Frage im Prozesse nur eine Entscheidung verträgt. Die Gebundenheit des Gerichts bedeutete hier also soviel wie Unabänderlichkeit der Entscheidung. Hiermit hat die Frage nach der Anfechtbarkeit oder Unanfechtbarkeit der richterlichen Ent-

scheidungen nichts zu tun. Sie regelt lediglich die Bindung der Parteien und desjenigen Gerichts, dem bei vorhandener Anfechtbarkeit die Nachprüfung obläge, geht also das entscheidende Gericht selbst in dieser Beziehung nichts an.

Wie nun, wenn dem Gerichte derselbe Stoff in einem zweiten Prozesse unterbreitet wird? Hier nimmt die Frage einen anderen Charakter an: auch hier zwar handelt es sich darum, ob für die Zuständigkeit des Gerichts das maßgebend ist, was der Inhalt der früheren Entscheidung war. Aber die Bezugnahme auf diese könnte nur eine materielle, nie eine formelle sein. Formell gilt jene erste Entscheidung nur für den ersten Prozeß. Das Gericht hat also, sofern dies nach den obigen Darlegungen überhaupt notwendig ist, von neuem über die Zuständigkeit zu entscheiden, mag es nun gebunden sein oder nicht; nur muß diese Entscheidung, wenn es gebunden ist, inhaltlich mit der ersten übereinstimmen, während sie anderenfalls von ihr abweichen darf.

Hier spielt auch die Lehre von der Anfechtbarkeit der Entscheidungen hinein, insofern nämlich der Grundsatz von der materiellen Rechtskraft, der die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen für einen neuen Prozeß ausspricht, erst dann in Frage kommt, wenn die Entscheidung unanfechtbar, also formell rechtskräftig geworden ist. Es soll demgemäß im folgenden für die Frage der Gebundenheit des Richters in einem zweiten Prozeß zwischen der Zeit bis Eintritt der formellen Rechtskraft und der Zeit nach eingetretener Unanfechtbarkeit unterschieden werden.

Da nicht alle Entscheidungen innerlich gleichwertig und darum gleich geeignet sind Bindung zu schaffen, so wird fernerhin zu untersuchen sein, welche verschiedenen Arten eines der Zuständigkeit geltenden Ausspruchs des Gerichts möglich sind, wobei man der Aufgabe entsprechend zweckmäßig zwischen bejahenden und verneinenden wird unterscheiden müssen.

§ 17.

B. Die verschiedenen Möglichkeiten der Bejahung oder Verneinung der Zuständigkeit.

Für die Entscheidung im engeren Sinne, nämlich die Aburteilung des prozessualen und materiellen Anspruchs stehen dem Gericht zwei Formen zu Gebote: Beschluß und Urteil.

Zu einer ausdrücklichen Bejahung der Zuständigkeit in dezisiver Form schreitet das Gericht dann, wenn eine Partei die Unzuständigkeit rügt. Wird sie geltend gemacht, so liegt eine prozeßhindernde Einrede vor (§ 274, 1, Z.P.O.). Sie kann ihre Erledigung, wenn diese durch selbständige Entscheidung erfolgt, nur durch Urteil finden, welches im Falle der Bejahung Zwischenurteil ist. Die Fassung des § 275, 1, Z.P.O. könnte Zweifel entstehen lassen, ob die Urteilsform in diesem Falle obligatorisch ist. Allein „die Wahlfreiheit des § 275 ist nicht Wahlfreiheit zwischen Zwischenurteil und Beschluß, sie ist Wahlfreiheit zwischen selbständiger Entscheidung und Nichtentscheidung“.[62])

In allen anderen Fällen, wo also keine Partei die Unzuständigkeit rügt, hat das Gericht zu einer Bejahung durch ausdrückliche Entscheidung keinen Anlaß.

Der normale Verlauf eines Prozesses ist die Verhandlung über den dem Richter vorgelegten Stoff bis zur Entscheidung durch Endurteil. Diesen Gang durch willkürliche Entscheidungen zu unterbrechen, ist nicht Aufgabe des Gerichts. Denn willkürlich ist die Entscheidung allemal dann, wenn nicht entweder eine konkradiktorische Stellungnahme der Parteien in irgend einem Punkte eine Vorabentscheidung nötig macht (§§ 275, 303) oder das Gesetz eine derartige Entscheidung gestattet (z. B. § 358 — Beweisbeschluß) oder aber, sofern es sich um bloß prozeßleitende Maßnahmen handelt. Im allgemeinen hat also das Gericht — das ist eine Folge des Grundsatzes vom Parteibetrieb — ohne durch das Verhalten der Parteien dazu ge-

[62]) Wach, Vortr., S. 116.

nötigt zu sein, eine Entscheidung nur dann zu fällen, wenn es den Prozeß für erledigt hält. Dies alles ist dann nicht der Fall, wenn das Gericht seine Zuständigkeit für gegeben hält, ohne daß dies von irgend einer Seite bestritten wäre. Das Ausbleiben der Unzuständigkeitseinrede entbindet das Gericht natürlich nicht davon, von sich aus diese Frage zu prüfen allein es erübrigt sich, wenn das Gericht sich für zuständig erachtet, eine besondere, lediglich dieser Frage geltende Entscheidung, sei es in der Form des Zwischenurteils oder des Beschlusses. Das Gericht tritt in diesem Falle einfach in die Sachverhandlung ein; es ist ihm unbenommen (aber auch nicht Pflicht), in den Gründen des Endurteils auszusprechen, daß und warum es seine Zuständigkeit angenommen habe.

Die Frage, ob das Gericht geradezu contra legem handelt, wenn es in dem genannten Falle Anlaß zu einer besonderen Entscheidung nimmt, wird nicht ohne weiteres zu bejahen sein; der Erlaß eines Zwischenurteils allerdings, ohne daß die Parteien dazu die geringste Veranlassung geben, würde dem Wesen und Zweck, den die Z.P.O. dieser Entscheidung beimißt, geradezu widersprechen; ein Beschluß an dieser Stelle wird zwar als gänzlich unzweckmäßig,[63]) aber wohl nicht als ungesetzlich anzusehen sein.[64])

Was nun die Verneinung der Zuständigkeit anlangt, so kann Anlaß dazu wiederum die Einrede der Unzuständigkeit seitens einer Partei, oder in Fällen, wo Prorogation ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 2 Z.P.O.) die Prüfung des Gerichts von Amts wegen sein. In beiden Fällen ist sie

[63]) Vgl. Weitzsäcker, Zeitschr. f. dtsch. Zivilproz., Bd. 27, S. 51.

[64]) In der Tat dürfte wohl das Gericht in der Praxis stets in der genannten Weise verfahren. Theoretisch betrachtet — dies sei darum hier nur kurz angedeutet — kann ein Beschluß keine Bindung zeitigen (§ 318), wie er auch der materiellen Rechtskraft nicht fähig ist (vgl. Schmidt, Lehrb. § 121 II a — teilweise a. M. Gaupp-Stein, (§ 329, II und O.L.G. Kassel in einer Entsch. v. 21. I. 09 [das Recht 1909, No. 9], wo Beschlüsse „mit Urteilsnatur" als der Rechtskraft fähig bezeichnet werden).

Verneinung einer Prozeßvoraussetzung und enthält demgemäß eine Verweigerung der erbetenen Rechtsschutzhandlung. Sie kann, da der Mangel dieser (wie jeder) Prozeßvoraussetzung den Eintritt in die Sachverhandlung verbietet und daher den Prozeß zur Endentscheidung reif macht, nur durch Endurteil (§ 300 Z.P.O.) erfolgen. Davon macht, lediglich aus (unten zu erwähnenden) Zweckmäßigkeitsgründen, nur der § 506 für das amtsgerichtliche Verfahren eine Ausnahme. Hier erfolgt die Verneinung der Zuständigkeit und die Verweisung an das Landgericht durch Beschluß.

2. Kapitel: Bejahung der Zuständigkeit (Zurückweisung der Einrede der Unzuständigkeit durch Zwischenurteil).

§ 18.

A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens?

Die einzige Form der Entscheidung, die die Zuständigkeit des Gerichts bejaht, ist, wie wir festgestellt haben, das Zwischenurteil. An die in seinen Zwischenurteilen enthaltenen Entscheidungen ist das Gericht gemäß § 318 Z.P.O. gebunden. Diese Bindung bedeutet, daß der Richter „den durch sie erledigten Streitstoff . . . bei der Fällung der Entscheidung nicht im entgegengesetzten Sinne verwerten darf".[65]) Auch die Unterbrechung, die Aussetzung oder das Ruhen des Verfahrens kann diese bindende Kraft nicht lähmen.

Wenn Stein[66]) Zwischenurteile über Prozeßvoraussetzungen, „die nur über eine jeweilige Sachlage entscheiden", keine Gebundenheit erzeugen läßt, und daher bei Änderung der maßgebenden Verhältnisse im Laufe des Prozesses eine neue Entscheidung für zulässig und notwendig erklärt, so kann diese Ausnahme für das hier in Frage stehende Zwischenurteil nicht gelten. Zwar können sich die Ver-

[65]) Förster-Engelmann, § 18, No. 2.
[66]) § 318, No. 1.

hältnisse, die das Gericht zur Bejahung seiner Zuständigkeit veranlaßt haben, nachträglich zweifellos verschieben. So kann z. B. der Beklagte seinen Wohnsitz, der als allgemeiner Gerichtsstand maßgebend war, verlegen. Allein es ist eine der prozessualen Folgen der Rechtshängigkeit, daß die „Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt wird". (§ 263, No. 2.) Die „jeweilige Sachlage", nämlich diejenige zur Zeit der Klageerhebung, ist in diesem Zusammenhange die für die Dauer des Prozesses maßgebende. Das Gericht ist also an das Zwischenurteil, durch das es seine Zuständigkeit bejaht, gebunden.

Allerdings sind die Grenzen dieser Bindung beschränkt: der § 318 übt Wirkung nur innerhalb desselben Verfahrens.[67]) Nach Kleinfeller[68]) allerdings ist das erkennende Gericht — gemäß § 318 — an seine eigene urteilsmäßige Entscheidung auch in einem späteren Prozeß unter denselben Parteien gebunden. Allein Kleinfeller mißt der genannten Bestimmung wohl zu große Kraft bei. Das ist ja eben erst die Wirkung der materiellen Rechtskraft: erst sie überträgt nach Stein, der so das Geltungsgebiet beider Normen richtig abgrenzt, die Bindung, die nach § 318 innerhalb der Instanz für den erkennenden Richter besteht, auf einen zweiten Prozeß. Die Bindung nach § 318 ist, um mit Endemann[69]) zu reden, eine „Rechtskraft zweiter Klasse", sowohl nach ihrer subjektiven Begrenzung (insofern § 18 nur das Gericht, nicht die Parteien bindet), als auch nach ihrer zeitlichen Beschränkung auf ein und dasselbe Verfahren.

Innerhalb der Instanz besteht die Bindung auch dann fort, wenn zwar das Endurteil durch das höhere Gericht

---

[67]) Dies betonen ausdrücklich: Gaupp-Stein, § 318, No. 2; Förster-Engelmann, § 318, No. 2; Seuffert, § 318, No. 1b; Hellmann, L., § 63, No. 1.

[68]) Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzgebung und Wissenschaft, 3. Folge, Bd. 9, S. 49.

[69]) Komm. § 289, Anm. 4.

aufgehoben, das Zwischenurteil aber dadurch nicht berührt worden ist.[70])

§ 19.

B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren?

I. Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft.

Wie nun, wenn die Klage, auf die sich diese Bejahung bezog, bei demselben Gericht in einem gänzlich neuen Prozesse zum zweiten Male erhoben wird? Dieser Fall ist praktisch durchaus denkbar.

Gesetzt, der Kläger hat die Klage, nachdem bereits das Gericht seine Zuständigkeit in der erwähnten Weise festgestellt hat, zurückgenommen (§ 271), erhebt sie aber später wieder bei demselben Gericht. Kann dieses — vorausgesetzt natürlich, daß unter den nämlichen Verhältnissen geklagt wird — sich jetzt für unzuständig erklären oder ist es gebunden?

Der § 318 versagt hier, wie wir gesehen haben, und wenn Stein[71]) von ihm sagt, daß er mit § 322 im Zusammenhang stehe, so kann von dieser die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen behandelnden Norm doch erst die Rede sein, wenn die Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist. Nun gilt das in Frage stehende Zwischenurteil in betreff der Rechtsmittel als Endurteil (§ 275, II), wird also wie diese erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist formell rechtskräftig (§ 705). Fassen wir also zunächst die Zeit bis zu diesem Zeitpunkt ins Auge, so kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Gericht in einem neuen, vor Ablauf der Rechtsmittelfrist angestrengten Prozesse an die früher gefällte, seine Zuständigkeit für die nämliche Klage bejahende Entscheidung nicht gebunden ist.

[70]) Förster-Engelmann, a. a. O., Reichsger.-Entsch. Bd. 35, S. 407.

[71]) a. a. O.

§ 20.

II. Vom Eintritt der formellen Rechtskraft an.

Wie nun aber, wenn die neue Klage erhoben wird, nachdem die erste Entscheidung unanfechtbar geworden ist, wenn also für die Frage nach der materiellen Rechtskraft Raum wird? Wir können hier von dem besonderen Inhalt des gemäß § 275 gefällten Zwischenurteils absehen, weil diese Entscheidung schon als Zwischenurteil keine materielle Rechtskraft zeitigen kann. Für deren Eintritt verlangt der § 322, daß das Urteil eine Entscheidung über den Anspruch enthalte, und zwar muß, wie Stein[72]) betont, sein Inhalt derartig sein, daß er einen endgültigen Ausspruch enthält. Ein Zwischenurteil kann aber in bezug auf die Erledigung des geltend gemachten Anspruchs stets nur Vorfragen entscheiden, es ist nach Freudenstein[73]) „nur ein vorweggenommer Bestandteil der endlichen Entscheidung".

Daher wird auch die Rechtskraftfähigkeit der Zwischenurteile, wenn wir von denjenigen absehen, durch die Dritte mit hineingezogen werden, allgemein verneint.[74])

Auch vom Eintritt der formellen Rechtskraft des Zwischenurteils an erwächst also für das Gericht, das zum zweiten Male mit der Sache befaßt wird, keine Gebundenheit.

3. Kapitel: Verneinung der Zuständigkeit.

§ 21.

1. Klageabweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts durch Endurteil.

A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens?

Wie oben dargelegt, ist für die Erklärung eines Gerichts, daß es unzuständig sei, die gegebene Form das (die Klage

[72]) § 322, IV a. E.

[73]) Freudenstein, Die Rechtskraft nach der Reichszivilprozeßordnung, S. 17.

[74]) Vergl. z. B. Endemann, L. zu § 293; Schmidt, L. § 121 IIa Freudenstein a. a. O.

wegen Unzuständigkeit abweisende) Endurteil. Sein Inhalt wird nach § 318 gleichfalls für das Gericht bindend. Auch wenn nachträglich ein Irrtum zutage treten sollte, bleibt das einmal verkündete Urteil bei Bestand. Sein Inhalt gilt für diese Instanz als feststehend, eine weitere Verhandlung der Parteien über den durch das Urteil erledigten Prozeßstoff in der Instanz ist zwecklos und unzulässig. „Ein zweites Urteil ist nicht nur, wenn es mit dem früheren Urteil im Widerspruch steht, sondern auch, wenn es damit übereinstimmt, unzulässig."[75])

Auch eine Veränderung der Umstände, die die Unzuständigkeit des Gerichts ergeben haben, kann nach urteilsmäßiger Erledigung des Prozesses keine Berücksichtigung mehr finden. Die Unabänderlichkeit der Entscheidung zwingt den Kläger eben von neuem zu klagen, wenn sich die ihm ursprünglich ungünstigen Verhältnisse zu seinen Gunsten ändern.

Die Streitfrage zu § 263 Abs. 2, ob diese Bestimmung nur besage, daß ein zur Zeit der Klageerhebung zuständiges Gericht zuständig bleibt oder ob sie auch die Unzuständigkeit des Gerichts zu diesem Zeitpunkt als endgültig betrachten will, tut hier nichts zur Sache, denn es handelt sich bei dieser Frage naturgemäß nur um eine Änderung der Tatsachen in der Zeit zwischen Klageerhebung und urteilsmäßiger Erledigung.

§ 22.

B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren?

I. Bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft.

Dies alles gilt wie bei der Entscheidung durch Zwischenurteil nur innerhalb derselben Instanz (vgl. oben). Für einen neuen Prozeß versagt § 318, und das Gericht ist, wenn er vor Ablauf der Rechtsmittelfrist angestrengt wird, solange also von materieller Rechtskraft keine Rede sein kann, an diese Entscheidung nicht gebunden.

[75]) Seuffert, § 314 I. 10.

Aber auch für diese Zeit, wo § 318 nicht mehr, § 322 noch nicht in Frage kommen kann, hat die Z.P.O. ein Mittel geschaffen, widersprechende Entscheidungen desselben oder verschiedener Gerichte zu verhüten: die Einrede der Rechthängigkeit. Denn rechtshängig ist ja die Streitsache, bis das Urteil formell rechtskräftig geworden ist. Allein die Verwertung dieser Einrede, insbesondere die Streitfrage, ob die Rechtshängigkeit von Amts wegen oder nur nach Geltendmachung durch die Partei zu berücksichtigen ist, kann — dies sei ausdrücklich festgestellt — die Frage der Gebundenheit des Gerichts nicht berühren: Die Bindung des Gerichts bedeutet, daß das Thema „Zuständigkeit" in dem zweiten Prozesse als erledigt zu gelten hat. Die Einrede der Rechtshängigkeit aber verhindert, wofern sie begründet ist, das Gericht schlechthin, irgend welche Entscheidungen zu treffen. Es hat mangels dieser Prozeßvoraussetzung weder die anderen noch die Klagevoraussetzungen zu prüfen, kommt also gar nicht in die Lage, sich über seine Zuständigkeit klar zu werden. Solange sich aber nicht von neuem die Frage nach der Zuständigkeit erhebt, kann von einer Gebundenheit oder Freiheit in diesem Punkte füglich keine Rede sein. Sollte also das Gericht trotzdem in die Lage kommen, sich über seine Zuständigkeit schlüssig werden zu müssen — weil die Einrede nicht erhoben wird oder (wenn man Offizialprüfung annimmt), weil das Gericht diesen Faktor übersieht — so hat es, wie oben dargelegt, durchaus freie Hand: es kann sich jetzt auch bei völlig gleicher Sachlage für zuständig erklären.

§ 23.

II. Vom Eintritt der formellen Rechtskraft an.

a) Bedeutung der materiellen Rechtskraft für die Lösung der Frage.

Die bisherigen Betrachtungen erwogen die bindende Kraft des klageabweisenden Endurteils, solange dieses

noch anfechtbar ist, also unter Ausschluß der Grundsätze von der materiellen Rechtskraft.

Wir betrachten jetzt den Fall, daß die wegen Unzuständigkeit abgewiesene Klage bei demselben Gericht von neuem erhoben wird, nachdem jene Entscheidung unanfechtbar geworden ist.

Was versteht man unter materieller Rechtskraft?

Es gehört nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, die verschiedenen Auffassungen über ihr Wesen, insbesondere die berühmte Streitfrage, ob sie prozessualen oder materiellrechtlichen Charakter hat, an dieser Stelle zu untersuchen. Hier genüge die Feststellung, daß sie die Wirkung hat, den Richter eines zweiten Prozesses an den Inhalt der ersten Entscheidung zu binden.

Der Inhalt aber, der bei unserem Urteil bindend werden könnte, ist kein anderer, als die Tatsache, daß das Gericht für einen bestimmten Rechtsstreit seiner Meinung nach unzuständig sei.

Daß dies und nur dies der Inhalt des in Frage stehenden Urteils ist, der rechtskräftig werden könnte, ergibt sich aus folgendem: es wäre verfehlt, die Abweisung der Klage als den Kern der Entscheidung anzusehen, die Unzuständigkeit des Gerichts aber zu deren Gründen zu zählen. Diese Auffassung würde, da die Z.P.O. die Savignysche Lehre von der Rechtskraft der Gründe verworfen hat (§ 322), die bloße Entscheidung, daß die Klage abzuweisen sei, als rechtskraftfähigen Bestandteil herausheben und der Frage Raum geben, ob diese Abweisung, die lediglich aus prozessualen Gründen ohne Prüfung des sachlichen Anspruches erfolgte, rechtskräftig werden könnte, ob mit anderen Worten dem Klagebegehren, dessen materielle Berechtigung überhaupt noch nicht in Frage kam, vor jedem Gericht eine Abweisung zuteil werden dürfte. Schon die Eröffnung dieser Möglichkeit wäre ein Unding. „Daß solche Prozeßurteile keine Rechtskraft in der Sache selbst erzeugen, bedarf nur der Erwähnung.“[76])

[76]) Gaupp-Stein, § 322 IV.

Nein: Abweisung der Klage und Unzuständigkeit des Gerichts sind für diese Untersuchung untrennbare Begriffe. Ja die Tatsache, daß das Gericht sich für unzuständig hält, ist, indem es die an sich farblose Entscheidung, daß abzuweisen sei, spezialisiert, in diesem Urteil das vorherrschende Element und nur, ob diese Entscheidung, daß das Gericht unzuständig ist, der materiellen Rechtskraft fähig ist, kann zu untersuchen sein.

In der Verallgemeinerung das Problem aufrollend, ob Prozeßurteile materiell rechtskräftig werden können, ist sie eine der umstrittensten Fragen dieser Materie.

§ 24.

b) Das Problem von der Rechtskraftfähigkeit der Prozeßurteile.

aa) Lösung der Frage mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 322.

Wo bei ihr nicht nur Behauptung gegen Behauptung, sondern auch Begründung gegen Begründung steht, handelt es sich im wesentlichen um drei Punkte, denen eine verschiedene Beurteilung zuteil wird: einmal darum, ob und wieweit eine positivrechtliche Bestimmung diese Frage lösen hilft, ferner ob derartige Urteile ihrem Wesen nach der Hauptvoraussetzung für die materielle Rechtskraft, daß nämlich eadem causa vorliegen müsse, gerecht werden können, und schließlich darum, ob in höherem Maße ihre Bejahung oder Verneinung dem praktischen Bedürfnis entspreche.

Von der materiellen Rechtskraft — das Gesetz spricht stets nur von Rechtskraft schlechthin — handelt der § 322, dessen erster, hier allein in Betracht kommender Absatz lautet: „Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.“

Wie Kleinfeller[77]) beweist, kann nur der materielle Anspruch gemeint sein, denn „durch die Klage erhoben" werde gemäß § 253 nur ein Anspruch (abgesehen von § 260) und die §§ 254, 255, 257—259 gäben zu erkennen, daß ein prozeßrechtlicher Anspruch nicht gemeint sei.

Nun entscheidet aber das die Klage wegen Unzuständigkeit abweisende Urteil nicht über den materiellen Anspruch: es lehnt ja gerade eine Entscheidung über ihn ab, weil der prozessuale Anspruch, der Anspruch auf Rechtsschutz, bei ihm nicht gegeben sei.

Die an sich unbestrittene Tatsache, daß § 322 nur den materiellen Anspruch meint, also nur von Sachurteilen redet, macht man sich nun in beiden Lagern in verschiedener Weise zunutze.

Die einen sagen, der § 322 schalte von allen Urteilen als der Rechtskraft unfähig die Prozeßurteile von vornherein aus. Über die einzig in Betracht kommenden Sachurteile gebe er die besagte Vorschrift. Jene seien also nie, diese, soweit § 322 dies bestimme, rechtskraftfähig.

Dem gegenüber behaupten andere, der § 322 übergehe die Prozeßurteile und wolle nur über die Rechtskraftfähigkeit der Sachurteile eine Vorschrift geben; über jene fehle also eine positive Bestimmung. Haben sie nun auf diese Weise den § 322 für ihre Ansicht wenigstens insoweit günstig ausgelegt, als er die Frage nach der Rechtskraftfähigkeit der Prozeßurteile weder bejahe noch verneine, sondern übergehe, so kommen sie zu einer Bejahung des Problems sehr schnell durch Analogieschluß oder Verwertung allgemeiner Gesichtspunkte.

So sagt Schwartz,[78]) der § 322 lasse die bewußte Frage offen, doch erfordere der grundlegende verbietende Satz des öffentlichen Rechts: bis de eadem quaestione ne iudicetur, welcher allgemeine Geltung habe, ihre Bejahung.

[77]) Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtswiss., 3. Folge, Bd. 9, S. 48.

[78]) Absolute Rechtskraft, S. 35.

Planck[79]) gibt zu, daß § 322 zunächst nur den materiellen Anspruch im Auge habe, doch sei die Bestimmung auf den prozessualen Anspruch analog anzuwenden.

In demselben Sinne verlangt Schwalbach[80]) eine analoge Anwendung. § 322 spreche naturgemäß nur von privatrechtlichen Urteilen, weil er lediglich die bekannte Kontroverse — die Streitfrage über die Rechtskraft der Gründe — entscheiden wolle.

Auch Neukamp[81]) pflichtet dieser Ansicht bei, weil der Zweck des Instituts der materiellen Rechtskraft eine weitere Ausdehnung des in § 322 aufgestellten Grundsatzes gebiete.

Diese Norm habe überhaupt „nicht im entferntesten ausdrücken sollen, daß nur wahre Sachentscheidungen rechtskräftig werden".[82])

Daß ein Analogieschluß der genannten Art der Fassung des § 322 Zwang antut, gibt selbst der im Ergebnis mit jenen übereinstimmende Schwartz zu. Wenn dieser[83]) zur Lösung der Frage den oben zitierten öffentlichen Grundsatz ‚ne bis in idem' heranziehen will, so ist ihm zunächst mit Stein[84]) entgegen zu halten, daß die Zivilprozeßordnung ein solches Gebot (mit wenigen Ausnahmen) nicht mehr kennt. Einer wiederholten Einklagung des urteilsmäßig erledigten Anspruchs steht, sofern das Interesse des Klägers an abermaliger urteilsmäßiger Feststellung ein Rechtsschutzbedürfnis rechtfertigt, nichts mehr im Wege. „Die Rechtskraft[85]) ist kein Prozeßhindernis mehr, denn sie hindert nicht die wiederholte sondern nur die inhaltlich widersprechende Entscheidung.

[79]) Lehrb.-S. 270.

[80]) Arch. f. ziv. Prax., Bd. 63, S. 429.

[81]) Komm. z. § 322 a.

[82]) Rocholl, Rechtsfälle I, S. 48.

[83]) a. a. O.

[84]) § 322 II.

[85]) Gaupp-Stein, a. a. O.

Aber auch in diesem Sinne wird man von der materiellen Rechtskraft nicht als von einem Staatsgrundsatz sprechen dürfen, der nicht nur de lege ferenda anzuerkennen, sondern auch de lege lata für alle Urteile zum Ausdruck gelangt sei. Wir haben bereits oben festgestellt, daß das Gesetz zwar das allgemeine Prinzip verfolgt, richterliche Entscheidungen als Staatsakte unabänderlich und bindend zu gestalten, daß es aber wohlweislich vermeidet, diese Tendenz in einer alle Entscheidungen und alle Grade der Bindung umfassenden Norm zur positiv-rechtlichen Bestimmung zu erheben. Wir haben als Mittel zu dem genannten Zweck bereits den § 11, den § 318 und — in gewissem Sinne — auch die Einrede der Rechtshängigkeit kennen gelernt. Im weitesten Umfange sucht ihn der Grundsatz von der materiellen Rechtskraft der Urteile zu erreichen: wo er gilt, erfüllt er jenes öffentlich-rechtliche Bedürfnis, aber er gilt nur, soweit das Gesetz dies positiv bestimmt. Gerade weil wir eine Norm hierfür haben, dürfen wir ihre Grenzen nicht gewaltsam erweitern unter Zuhilfenahme jenes allgemeinen Grundsatzes.

So wird man in dem § 322 nicht eine sondern die Gesetzesbestimmung über die Rechtskraft der Entscheidungen finden und demgemäß den Schluß ziehen müssen: wenn § 322 nur den materiellen Anspruch erwähnt (wie oben bewiesen), so kommen für die Rechtskraft diejenigen Urteile überhaupt nicht in Betracht, welche ohne über diesen zu entscheiden die Klage lediglich aus prozessualen Gründen abweisen. Der Einwand von Schwartz, daß § 322, wenn er diesen Sinn haben sollte, in seiner Fassung lauten müßte: „Wenn und soweit . . . über den Anspruch entschieden ist," kann die angeführten Argumente wohl kaum entkräften.[86])

[86]) Zu dem hier gewonnenen Ergebnis, daß infolge § 322 das positive Recht eine Verneinung der hier aufgeworfenen Frage gebiete, kommen — wahrscheinlich auf demselben Wege — auch Seuffert, § 322, No. 8; Schmidt, L., S. 666; Hellmann, K., S. 340; Fischer, Recht u. Rechtschutz, S. 137; Kleinfeller, a. a. O., S. 49.

bb) Die Bedingung der eadem causa und ihre Erfüllbarkeit bei Prozeßurteilen.

§ 25.

Waren bisher die Beantwortung der Frage und die hier bestehenden Meinungsverschiedenheiten de lege lata behandelt, so gehen de lege ferenda die Ansichten nicht weniger auseinander.

Vielfach behauptet und bestritten wird, daß Prozeßurteile gar nicht geeignet seien, materiell rechtskräftig zu werden, da es hier an dem Erfordernis der eadem causa gebräche.

Die Wirkung der Rechtskraft, daß ein bestimmter Inhalt allseitig bindend feststeht, kann nur praktisch werden, wenn dieselbe Rechtsfolge ein zweites Mal, rebus sic stantibus, geltend gemacht wird. Beide Fälle müssen identisch sein. Der Inhalt eines Prozeßurteils, nämlich die Entscheidung, daß die Klage mangels einer Prozeßvoraussetzung abzuweisen sei, könne aber als eadem causa nicht ein zweites Mal vorliegen; Prozeßurteilen materielle Rechtskraft beilegen zu wollen, sei also logisch unmöglich, weil sie begrifflich deren Wirkung von vornherein ausschlössen.

Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Seuffert.

Seine kurz präzisierte Behauptung[87]) führt er in der Besprechung der Schultzeschen Abhandlung: „Privatrecht und Prozeß“[88]) näher aus. Prozessualrechtlich besage die absolutio ab instantia, daß der vorliegende prozessuale Tatbestand eine Prozeßbegründung ausschlösse. „Wird das Gericht durch eine neue, auf Prozeßbegründung abzielende, wenn auch genau unter denselben Umständen stattfindende prozessualische Tätigkeit desselben Klägers gegen denselben Beklagten zum zweiten Male mit der Frage befaßt, ob eine Prozeßbegründung richtig erfolgt sei, so liegen ihm neue, wenn auch gleichartig gelagerte prozessualische Tatsachen vor, welche es aufs neue beurteilen muß; eine

[87]) § 322, No. 8.

[88]) Ztschr. f. dtsch. Ziv.-Pr., Bd. 8, S. 202.

exceptio rei iudicatae kann von neuer sachlicher Beurteilung nicht abhalten, weil es an dem Erfordernis der eadem res gebricht; es sind neue prozessuale Handlungen, nicht dieselben wie im vorigen Prozesse abzuurteilen."

Auch nach Wach[89]) sind zur Rechtskraft „begrifflich nicht qualifiziert" Entscheidungen über das prozessuale Rechtsverhältnis, denn dieses entsteht und vergeht mit dem Prozeß."

Ähnlich leugnet auch Hellmann[90]) die Eignung der Prozeßurteile für die materielle Rechtskraft.

Auf der anderen Seite sind nach Steins[91]) Ansicht alle Urteile als Staatsakte desselben Gerichts innerlich gleichartig und gleichwertig und daher alle für die Rechtskraft gleich geeignet.

Gegen Seufferts Ausführungen wendet sich Kohler[92]) mit der Behauptung, daß in den genannten Fällen stets eadem causa vorliege. Des näheren begründet er seine Ansicht folgendermaßen:[93]) „Allerdings ist ein zweiter Prozeß ein individuell anderer Prozeß, und man könnte daher an der eadem causa zweifeln: allein ein zweiter Prozeß über dieselbe Sache unter denselben prozessualen Voraussetzungen aequivaliert vollkommen die erstere Entscheidung, in welcher auf absolutio ab instantia erkannt worden ist: die res iudicata bezieht sich aber nicht nur auf das individuelle idem, sondern auch auf das Äquivalent."

Was zunächst diese letzteren Ausführungen anlangt, so hat Kohler der Sache wohl eine falsche Wendung gegeben. Der zweite Prozeß ist allerdings im Verhältnis zu dem ersten etwas anderes. Allein das, was hier ins Auge zu fassen und zu vergleichen ist, sind nicht die Prozesse, sondern die prozessualen Ansprüche: der in dem ersten

[89]) Vortr. S. 100.
[90]) Komm. S. 340.
[91]) § 322 IV.
[92]) Proz. als Rechtsverh., S. 64, Anm.
[93]) Prozeßrechtl. Forsch., S. 93.

Prozesse durch Urteil erledigte mit dem neu geltend gemachten.

Welches ist nun dieser Anspruch, bisher kurzweg der prozessualische genannt?

Das materielle Recht knüpft an das Vorhandensein gewisser Tatsachen einen (materiellen) Anspruch. Mit diesem allein wäre dem Berechtigten aber noch nicht gedient. Sein Recht bekommt erst Wirksamkeit, wenn ihm der Schutz der Gerichte zur Seite steht.

Dieses prozessuale Recht, kraft dessen derjenige, der einen Anspruch zu haben glaubt, zwecks Feststellung (und späterhin Verwirklichung) desselben den Schutz der Gerichte anrufen kann, dieser Rechtsschutzanspruch ist zunächst, solange ein Gericht noch nicht angegangen ist, ein absolutes Recht; absolut, insofern es den Schutz der zur Rechtssprechung eingesetzten Organe schlechthin verbürgt. Indem der Kläger sich nun an ein bestimmtes Gericht wendet, setzt er diesen seinen absoluten Anspruch in Beziehung zu diesem Gericht: er verwandelt ihn in einen relativen, indem er aus seinem Recht auf Schutz überhaupt den Anspruch schöpft, daß gerade dieses Gericht ihm den verbürgten Schutz leihen möge.

Dieser relative Rechtsschutzanspruch ist es, den das Gericht in unserem Falle zurückweist, ohne dem Rechtsuchenden jenen Anspruch auf Schutz überhaupt absprechen zu wollen. Indem es aber so urteilt, zerrinnt der in Beziehung zu ihm gesetzte Anspruch. Es bleibt aber nach wie vor der absolute Rechtschutzanspruch.

Dieses Sichaussondern und Wiederzurückfließen will wohl Wach andeuten, wenn er sagt, das Prozeßrechtsverhältnis entstehe und vergehe mit dem Prozeß.

Geht nun der Kläger unter denselben Voraussetzungen von neuem ein Gericht an, so wiederholt sich derselbe Vorgang. Der jetzt erhobene Anspruch ist also, wenngleich bei demselben Gericht erhoben, ein anderer als der frühere; er ist noch nicht abgeurteilt. Es liegen, wie Seuffert es

ausdrückte, „neue, wenn auch gleichartig gelagerte prozessualische Tatsachen“ vor.

Das freilich ist ja selbstverständlich, daß der Tatbestand als eadem causa wieder auftreten kann: das gilt für die Tatsachen, die den prozessualen Anspruch begründen, ebenso wie für diejenigen, auf die sich der materielle gründet. Aber während hier der urteilsmäßig erledigte Anspruch auch nach Beendigung des Prozesses begrifflich fortbesteht und beim zweiten Male wirklich als eadem causa geltend gemacht wird, sinkt jener — insoweit er durch das Urteil negiert wurde, nämlich als relativer Anspruch — mit der absolutio ab instantio in sich zusammen. Das neue prozessuale Begehren ist (um es durch ein Bild zu veranschaulichen) mit dem früheren so wenig identisch wie ein Bauwerk, das aus dem eingestürzten Material eines anderen aufgeführt wird, diesem ersteren.

Nachdem so versucht worden ist, die Gedanken Wachs und Seufferts näher auszuführen, muß die Eignung der Prozeßurteile für die materielle Rechtskraft geleugnet werden.

§ 26.

cc) Lösung der Frage im Hinblick auf das praktische Bedürfnis. Bindung gemäß § 11.

Wenn man nun die Frage von der praktischen Seite betrachtet, so sind auch hier die Meinungen geteilt; den einen scheint es ein praktisches Bedürfnis, auch Prozeßurteile der materiellen Rechtskraft teilhaftig werden zu lassen, während andere wieder das Gegenteil von dieser Seite zu verteidigen suchen.

Zu ersteren gehört Stein.[94]) Für Schwartz[95]) wäre es „ein für die Praxis unleidlicher Zustand“, wenn diese Art Urteile die genannte Wirkung nicht hätten, und auch das Reichsgericht[96]) hat es einmal ausgesprochen, es läge „in

[94]) § 323 IV.

[95]) a. a. O., S. 35.

[96]) JW. 08, S. 47, No. 12.

der Natur der Sache, daß jedes unanfechtbar gewordene richterliche Urteil das endgültig entscheidet, was es entscheidet."

Andererseits wären die praktischen Folgen dieses Zustandes nach Weismann[97]) nicht minder unleidliche, „denn es könnte . . . . . dazu führen, daß die Geltendmachung eines materiell begründeten Anspruches prozessualisch unmöglich würde, was nicht der Wille des Gesetzes sein kann."

„Der Staat ist verpflichtet zur Rechtsschutzgewährung, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind; er kann nicht gebunden werden durch die irrtümliche Entscheidung, daß unter den gegebenen Voraussetzungen kein Rechtsschutz zu gewähren sei."[98])

Allein, wenn der Gesetzgeber sich nicht scheute, materiell unrichtige Entscheidungen bindend werden zu lassen, so hätte er auch diese Konsequenz mit in Kauf nehmen können. Und wenn der Kläger mit einem materiell zweifellos begründeten Anspruch in allen Instanzen rechtskräftig abgewiesen ist und also nicht mehr zu seinem Recht kommen kann, so ist das Unrecht doch wahrlich nicht geringer wie wenn ihm der prozessuale Schutz versagt bleibt. Praktisch wird das eine wie das andere höchst selten vorkommen.

Wenn wir im übrigen von derlei allgemeinen Erwägungen absehen und uns die Folgen in unserem besonderen Falle vergegenwärtigen, so wird hier der § 11 heranzuziehen sein. Daß seine Wirkung derjenigen der materiellen Rechtskraft durchaus ähnlich ist, haben wir bereits oben gesehen, Hier fragt es sich, ob die Bindung auch das entscheidende Gericht selbst ergreift. Wäre nämlich, wofern der abgewiesene Kläger nach Eintritt der formellen Rechtskraft bei demselben Gericht wiederum Klage erhebt (ein freilich törichtes Beginnen!), dieses nach § 11 gebunden, so hätten

[97]) Lehrb. Bd. 1, S. 383.
[98]) Weismann, Hauptinterv. S. 90, No. 22.

wir bezüglich unserer Frage für eine große Anzahl von Fällen dieselbe Wirkung, wie sie die materielle Rechtskraft dieser Art von Urteilen beilegen würde.

Zweifellos ist der Wortlaut des § 11 der Bejahung der hier aufgeworfenen Frage günstig, denn das Gericht „bei dem die Sache später anhängig wird", kann auch wieder das ursprüngliche sein.

Daß die Motive zunächst wohl nur an eine Bindung des über- oder untergeordneten Gerichts gedacht haben, ist oben dargelegt worden. Aber wie wir es als notwendig festgestellt haben, die Gebundenheit auch auf alle gleichgeordneten Gerichte auszudehnen, so ist nicht einzusehen, warum gerade das Gericht selber, das die erste Entscheidung gefällt hat, ausgenommen sein sollte.[99])

Daß nach diesem Ergebnis ein die Klage wegen Unzuständigkeit abweisendes Gericht nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung gemäß § 11 allemal dann gebunden ist, wenn es sich um die sachliche Unzuständigkeit handelte, kommt für die hier durchgeführte Ansicht, daß die materielle Rechtskraft diesem Urteil nicht zukommt, nur bestärkend hinzu. Im § 11 ist eben, wie Seuffert und Wach richtig betonen, nur eine auf besonderen Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Ausnahme zu erblicken, eine Tatsache, der naturgemäß diejenigen nicht beipflichten können, die auch Prozeßurteilen materielle Rechtskraft zusprechen und darum das Gericht auch dann gebunden sein lassen, wenn es sich für örtlich unzuständig erklärt hat.

Nächst dem, was hier für und gegen die Ausdehnung der materiellen Rechtskraft auf alle Urteile zitiert worden ist, finden sich bei denjenigen, die zu dieser Frage Stellung nehmen, keine weiteren Begründungen.

---

[99]) Übrigens werden in diesen Fällen auch die Gegner unserer Ansicht häufig auf § 11 zurückkommen müssen; denn „von den Endurteilen — Gaupp-Stein IV — scheiden (für die materielle Rechtskraft) aber wiederum aus die nur auf Verweisung oder Zurückverweisung lautenden, da sie nur die Instanz beenden."

Wilmowski-Levy[100]) bringen zunächst eine der hier vertretenen durchaus identische Auffassung zum Ausdruck, wenn sie sagen: „Das Urteil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede als begründet anerkannt wird, enthält indes nicht eine Entscheidung über den Anspruch, entbehrt also der materiellen Rechtskraft, indem es vielmehr eine Entscheidung über den Anspruch ablehnt.“ Allein an anderer Stelle[101]) bringen sie zu dieser Bemerkung eine „Modifikation“, die für zwei der Fälle, worunter sich der unsere befindet, genau das Gegenteil ausspricht. Warum gerade hier der von neuem bei demselben Gericht erhobenen Klage die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen soll, ist nicht recht ersichtlich.[102]) — — — — — — — — —

Man wird angesichts der hier bestehenden großen Kontraverse ebensowenig dem Reichsgericht beistimmen können, wenn es im Jahre 1908[103]) einmal ausspricht, es sei die Fähigkeit der Prozeßurteile rechtskräftig zu werden, allgemein unbestritten, wie andererseits Stein,[104]) wenn er umgekehrt (im Jahre 1906) behauptet, die Beschränkung der Rechtskraft auf die Sachurteile werde „als ein keines Beweises bedürftiges Dogma fast allgemein vorgetragen“.

Sollte gerade in den zwei Jahren die hier vertretene Ansicht soviel Anhänger verloren haben?!

---

[100]) § 248, 278, No. 3.

[101]) § 243, Anm. 3 a. E.

[102]) Außer den bisher genannten sei noch die Stellungnahme folgender Autoren zu dieser Frage erwähnt. Daß Prozeßurteile rechtskraftfähig seien, wird bejaht von: Petersen, § 322, No. 4; Struckmann-Koch, § 322, No. 3 bis 275, No. 2; Sydow-Busch, vor § 12; Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 143/4; Mayer, Anspr. u. Rechtskr., S. 52/3; Förster-Eccius, Preuß. Privatr., Bd. 1, § 55, S. 242 f; Schultze, Privatr. u. Proz., S. 346; Levy, Ztschr. f. Ziv.-Proz., Bd. 20, S. 95. Es wird verneint von: Bülow, Lehr. v. d. Prozeßeinr. S. 282; O. Fischer, Recht u. Rechtsch., S. 137; Reinke, § 322 II, A. 2; Westerburg, Gruchot, Bd. 24, S. 205; Siméon, Recht u. Rechtsgang, Bd. II, § 72, 6 a. E.; Hönemann, Gruch., Bd. 25, S. 863.

[103]) JW. 08, S. 47, Nr. 12.

[104]) § 322 IV.

§ 27.

dd) Berücksichtigung der materiellen Rechtskraft von Amts wegen oder auf Parteivorbringen?

Es besteht bezüglich der Grundsätze der materiellen Rechtskräfte auch darüber Streit, ob sie von Amts wegen oder nur auf Parteivorbringen zu berücksichtigen sei. Nun ist zwar hier der Standpunkt vertreten worden, daß für die Frage der Gebundenheit des Gerichts an seine die Zuständigkeit betreffenden Entscheidungen die Rechtskraftlehre der Urteile auszuschalten sei. Allein die entgegengesetzte Ansicht hat immerhin so viele namhafte Vertreter, daß es sich verlohnt, auch sie in ihren Folgen durchzudenken.

Hier hängt nun viel von der Beantwortung der oben genannten Frage ab. Ist nämlich die bindende Kraft der Entscheidung, daß ein Gericht unzuständig sei, ein zweites Mal nur dann zu berücksichtigen, wenn die interessierte Partei sich darauf beruft, so können auch jene, welche Prozeßurteile materiell rechtskräftig werden lassen wollen, nicht zu einer unbedingten Bejahung der Gebundenheit des Gerichts kommen. Denn wenn dieses in allen denjenigen Fällen, wo die Parteien schweigen, trotz Kenntnis von seiner früheren Entscheidung sich jetzt für zuständig erklären dürfte, so wäre seine Gebundenheit nur eine relative, auf jene anderen Fälle beschränkte, wo die Parteien die Wirkung der Rechtskraft berücksichtigt haben wollen.

Die Lösung dieser Frage ist mit dem Namen Bülows eng verknüpft, der in seinem Werke „Absolute Rechtskraft" in überzeugender Weise für ihre Berücksichtigung von Amts wegen eintritt. Nachdem er zunächst (S. 131 ff.) die zur Begründung des § 191 Abs. 2 Entw. I B.G.B.[105]) angeführten Tatsachen widerlegt, wendet er sich ferner (S. 140) dagegen, die Frage durch Analogie mit den Grundsätzen

[105]) Dort fand sich ausdrücklich die Bestimmung, daß die Wirkung der materiellen Rechtskraft nur zu berücksichtigen sei, wenn sie geltend gemacht würde.

für die Geltendmachung der Einrede der Rechtshängigkeit in Verbindung zu bringen und stellt als das Ergebnis seiner ausführlichen Beweisführung fest, daß die Bestimmungen des Zivilprozeßrechts einer „dispositiven Normierung“ der materiellen Rechtskraft der Urteile nicht nur nicht günstig sind, sondern geradezu widerstreben (S. 114 ff.).

Es war nicht zum wenigsten die Wirkung dieser Schrift, daß jene Vorschrift im Entw. I des B.G.B. bei der zweiten Beratung gestrichen wurde. In der heutigen Literatur wird die von Bülow verteidigte Ansicht fast allenthalben vertreten.

Zwar eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, wie sie die österr. Z.P.C. im § 411 Abs. 2 hat,[106]) fehlt. „Trotzdem läßt sich die entscheidende Rechtsnorm aus unseren Rechtseinrichtungen, aus unserer ganzen Rechtsempfindung ableiten.“[107])

Eine vortreffliche Begründung findet sich bei Pagenstecher,[108]) darauf fußend, daß die Dispositionsmacht der Parteien ein Ende habe, sobald das Urteil ergangen sei.[109])

Demgegenüber möchte Seuffert „im Hinblick auf die römischen Gesetze, welche die Unterlage des bisherigen Rechts bilden“ die materielle Rechtskraft nicht von Amts wegen berücksichtigt wissen. Die gleiche Ansicht verteidigen Wilmowski-Levy (§ 293) — allerdings nur de lege ferenda — denn ein öffentliches Interesse stehe dem nicht entgegen.[110])

Nachdem hier bereits deutlich der ersten Auffassung der Vorzug gegeben ist, ist festzustellen, daß, wenn man Prozeßurteilen materielle Rechtskraft zusprechen zu können glaubt, die Bindung des Richters an sein die Unzuständig-

[106]) „Die Rechtskraft der Urteile ist von Amtswegen zu berücksichtigen.“

[107]) Schwartz, Absolute Rechtskr., S. 37 ff.

[108]) Zur Lehre v. d. mat. Rechtskr., S. 341 ff.

[109]) Vgl. ferner u. a.: Gaupp-Stein, § 322 II; Fischer, Recht u. Rechtschutz, S. 139; Kohler, Prozeßrechtl. Forsch., S. 95 ff.; Schmidt, L., § 121 I, a. E.

[110]) Ebenso Weismann, L., Bd. 1, S. 240; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegriffe, S. 62.

keit aussprechendes Urteil allerdings eine unbegrenzte vollständige wäre.

§ 28.

2. Verneinung der Zuständigkeit durch Beschluß gemäß § 506.

A. Gebundenheit innerhalb desselben Verfahrens?

Wie oben bereits erwähnt, geschieht die Verneinung der Unzuständigkeit eines Gerichts ausnahmsweise durch Beschluß. Dies ist der Fall des § 506. Wie sich die bindende Kraft dieses, die sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts und Verweisung des Rechtsstreit an das Landgericht aussprechenden Beschlusses für das letztere gestaltet, stand bereits oben zur Erörterung. Hier ist zu untersuchen, ob und wieweit dieser Beschluß das Amtsgericht selbst bindet.

Was zunächst die Frage anlangt, ob das Gericht diesen Beschluß abändern oder gar aufheben darf, so ergibt sich einerseits, daß das Verbot der Anfechtbarkeit nur die Parteien betrifft, während andererseits § 318 das Gericht nur an die in Zwischen- oder Endurteilen enthaltenen Entscheidungen gebunden sein läßt.

Allein das Gericht hat ja gar keine Möglichkeit noch irgend etwas in dieser Sache zu tun. Mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit bereits bei einem anderen Gericht anhängig: wollte also das Amtsgericht nachträglich anders entscheiden, so würde es sich mit einer bereits fremden Sache befassen, es würde einen Prozeßstoff entscheidungsmäßig verwerten, der bereits einem anderen, dem Landgericht, unterbreitet ist. Zweifelhaft könnte die Richtigkeit dieser Argumentation vielleicht werden, wenn der Beschluß ohne die in § 506 normierten Voraussetzungen ergangen ist. Hier wäre möglicherweise einzuwenden, daß ein solcher ungesetzlicher Beschluß die genannte Wirkung, nämlich die Übertragung des Prozesses auf das Landgericht, nicht haben könnte. Jedoch auch hier

wäre es ein unbefriedigendes Ergebnis, wollte man das Gericht nicht gebunden sein lassen. Ist doch die Entscheidung, die hier durch Beschluß erfolgt, inhaltlich von der Art, wie sie sonst nur durch Urteil erfolgt, also gemäß § 318 auch in Irrtumsfällen unabänderlich ist. In den Motiven[111]) finden wir, daß die Beschlußform lediglich gewählt wurde, um „eine unnütze Belastung der Gerichte" durch Urteile zu verhüten. Gerade um eine unanfechtbare Entscheidung zu fassen, ersetzte man Urteil durch Beschluß. Jede weitere Verzögerung der Sache wollte man vermeiden, denn auch in den ganz vereinzelten Fällen, in welchen ein Zweifel (über die Richtigkeit des Beschlusses) denkbar sei, bestehe kein praktisches Bedürfnis, die Anfechtung der Verweisung zuzulassen.

Und sollte, was so den Parteien verwehrt ist, dem Gericht gestattet sein? Man darf wohl nicht annehmen, daß der Gesetzgeber auch diese Folge der Änderung, daß § 318 nunmehr für diesen Fall keine Geltung mehr habe, mit in Kauf nehmen wollte. Der § 318 ist daher wohl auf diese, ganz ausnahmsweise in Beschlußform ergehende Entscheidung analog anzuwenden.[112])

§ 29.

B. Gebundenheit in einem neuen Verfahren?

Wenn nun das Amtsgericht in derselben Sache trotz Verweisung an das Landgericht durch eine neue Klage angegangen werden sollte, so muß § 11 in Geltung treten: denn es ist einerseits oben festgestellt worden, daß die rechtskräftige Entscheidung keineswegs durch Urteil er-

[111]) Kommissionsbericht über die Nov. z. Z.P.O. v. 1898, S. 110 (Hahn, Mat., Bd. 8.)

[112]) Übrigens erstreckt sich nach der österr. Zivilprozeßordnung die Bindung des Gerichts nicht nur auf die in Urteilen ausgesprochene Entscheidung (§ 416, Abs. 2) sondern auch auf Beschlüsse, soweit sie nicht lediglich prozeßleitender Natur sind. (§ 425, Abs. 2.) Und gerade die hier in Frage stehende absolutio abinstantia erfolgt dort stets durch Beschluß.

folgt sein muß — formell rechtskräftig aber (weil unanfechtbar) ist der Beschluß ja mit seiner Verkündung — andererseits ist auch die Tatsache, daß § 11 auch das Gericht selber an seine Entscheidung binde, bereits zu begründen versucht worden.

Gebunden ist das Amtsgericht an die Verneinung seiner Zuständigkeit freilich nur, wenn die Sache, für die die Entscheidung erging, wieder anhängig wird. Es genügt also nicht, daß der Kläger seine ursprüngliche Klage, für die ja das Amtsgericht zuständig war, wieder erhebt, sondern die Bindung besteht nur dann, wenn die Klage in Verbindung mit jenem späteren Antrage, dessen Inhalt zur Zuständigkeit des Landgerichts gehörte, geltend gemacht wird, denn nur auf das spätere Hinzutreten dieses Momentes gründete sich die Verneinung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit.

Auch hier freilich würde gegebenenfalls die Einrede der Rechtshängigkeit am Platze sein.

§ 30.

Berücksichtigung der Novelle zur Zivilprozeßordnung vom 1. Juni 1909.

Durch die neueste Novelle zur Zivilprozeßordnung vom 1. Juni 1909
1. April 1910 hat der § 505 eine nicht unwesentliche Änderung erfahren, die unsere Frage berührt. Weil — wie es in den Motiven [113]) heißt — das frühere Verfahren umständlich ist und „dem böswilligen Schuldner die Handhabe den Prozeß zu verschleppen bietet", erfolgt die Unzuständigkeitserklärung und die Verweisung an das Landgericht jetzt auch im Falle des § 505 durch Beschluß, welcher kraft ausrücklicher Bestimmung (§ 505, Abs. 2) für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend ist. Die Gebundenheit mußte — trotz § 11 — hier ihren Ausdruck finden, weil der neue § 505 die Bindung auch auf den

[113]) Begründ. d. Reg.-Vorl. S. 36 (3. Beiheft z. Rechtspr. d. O.L.G.)

Fall ausdehnt, daß sich das erste Gericht für örtlich unzuständig erklärt. Wir haben also von nun an auch eine Verweisung vom Amtsgericht zu Amtsgericht. Denn das örtlich unzuständige Amtsgericht verweist natürlich an ein Gericht gleicher Ordnung, nicht an das Landgericht (es hat ja an das „zuständige Gericht" zu verweisen).

Was den Umfang der Bindung anlangt, so enthält der Beschluß, der für bindend erklärt ist, die Ansicht des Amtsgerichts, daß das zweite Gericht zuständig sei, denn er ergeht ja nur, „sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann". Allein die Gebundenheit wird auch hier nur auf die Art der Zuständigkeit zu beschränken sein, die das Amtsgericht für sich ausdrücklich verneint hat.

Demgemäß kann das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen ist, sich nie für örtlich, immer für sachlich unzuständig erklären, wenn es ein Amtsgericht ist; ist dagegen an ein Landgericht verwiesen, so steht für dieses stets seine sachliche, seine sachliche und örtliche Zuständigkeit aber nur dann bindend fest, wenn das Amtsgericht sich örtlich und sachlich für unzuständig hielt.

Für die Frage, ob das verweisende Gericht selber an die Erklärung gebunden ist, gilt das, was oben für § 506 festgestellt ist, dem der neue § 505 in den hierfür maßgebenden Punkten gleicht.

Nur in einer Beziehung besteht eine Abweichung. Wenn das Amtsgericht sich örtlich für unzuständig erklärt hat und trotz Verweisung von neuem angegangen wird, kann der § 11 nicht in Frage kommen. Da andererseits dieser Beschluß inhaltlich aus den oben angeführten Gründen nicht materiell rechtskräftig werden kann, so kann das Amtsgericht in diesem Falle von der früheren Entscheidung abweichen und sich nunmehr für örtlich zuständig erklären. Daß dies nicht sobald praktisch werden wird, verbürgt auch hier die Möglichkeit, die Rechtshängigkeit der Sache (beim Landgericht) geltend zu machen.

Anhang.

Untersuchung der Frage für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 31.

Einleitung: Geltung der Frage auch für dieses Gebiet.

Wir haben bisher die vorliegende Frage für das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit erörtert. Es rechtfertigt sich, eine gleiche Untersuchung auch für die Fälle anzustellen, in denen das Gericht, um dessen etwaige Gebundenheit es sich handelt, als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig ist. Auch hier erhebt sich die Frage nach der Zuständigkeit, auch hier regelt das Gesetz diese Frage sorgfältig durch eine Reihe von Vorschriften, auch hier ist die Zuständigkeit eines Gerichts wesentliche Vorbedingung für sein Tätigwerden in der Sache selbst. Ja strenger als die Zivilprozeßordnung für das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit achtet hier das Gesetz auf die Innehaltung dieser Normen, wenn es — wie die §§ 7, 32 des R.G. fr. G. beweisen — gerichtliche Handlungen eines sachlich unzuständigen Gerichts geradezu für unwirksam erklärt.

Ist so die Frage der Zuständigkeit in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von nicht geringerer Bedeutung wie bei jenen, so muß es naturgemäß in gleichem Maße interessieren, ob das Gericht in diesen Fällen an Entscheidungen über seine Zuständigkeit gebunden ist oder nicht.

§ 32.

1. Kapitel: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die über seine Zuständigkeit von einem anderen Gericht entschieden wird?

Von dem Regelfalle, daß das tätig werdende Gericht selbst seine Zuständigkeit prüft und gegebenenfalls hierüber eine Entscheidung fällt, kennt auch die freiwillige Gerichts-

barkeit Ausnahmen, in denen über diesen Punkt von anderer Seite her eine Bestimmung getroffen wird.

Das Reichtsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, in dem gerade die allgemeinen Fragen über Zuständigkeit eine reichsgesetzliche Regelung gefunden haben, hat in seinem § 5 eine dem § 36 Z.P.O. durchaus entsprechende Bestimmung. Es sind die gleichen Voraussetzungen — von § 36, 3 und 4 kann hier freilich keine Rede sein —; die Bestimmung erfolgt in der gleichen Weise durch das höhere Gericht und es findet sich auch die Vorschrift, daß dessen Entscheidung unanfechtbar sei. Es kann also in allem auf die obigen Erörterungen zu § 36 Z.P.O. verwiesen werden: das für zuständig erklärte Gericht ist, was teils aus dem Wesen des § 5, teils aus der Unanfechtbarkeit der Entscheidung folgt, an diese unbedingt gebunden.[114])

Während § 5 einen Streit und eine Ungewißheit darüber verlangt, welches von mehreren Gerichten zuständig sei, sind in den §§ 36, Abs. 2, S. 2, 45, Abs. 2, 66, Abs. 2, 73 Abs. 2 des genannten Gesetzes Fälle geregelt, in denen sich überhaupt irgend ein zuständiges Gericht nicht finden läßt. Die Bestimmung erfolgt hier durch die Landesjustizverwaltung oder den Reichskanzler. Auch hier ist das bestimmte Gericht gebunden.

Der § 5 gilt nicht für Preußen (preuß. Ges. über die freiw. Gerichtsbark. von 1899, Art. 1). Daß er unter den Bestimmungen des R.G. fr. G., die hiernach auf die landesgesetzlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden, nicht genannt ist, ergibt sich daraus, daß bereits § 20 des preuß. A.G. zum G.V.G. (jetzt in der Fassung des Art. 130 III des preuß. Ges. über die freiw. G.) eine entsprechende Bestimmung enthält. Die geringfügigen Änderungen lassen Wesen und Zweck der Vorschrift unberührt. Auch hier bewendet es also bei der Gebundenheit des für zuständig erklärten Gerichts.

[114]) Dies betonen auch die Kommentare. Vgl. Rau-nitz, § 5, No. 8; Schultze-Görlitz, Bd. I, § 5, No. 8; Dorner, § 5, S. 41.

§ 33.

2. Kapitel: Ist das Gericht an Entscheidungen gebunden, durch die es selbst über seine Zuständigkeit entscheidet?

A. Notwendigkeit und Möglichkeiten derartiger Entscheidungen.

Wie nun, wenn das Gericht selbst seine Zuständigkeit durch ausdrückliche Entscheidung bejaht oder verneint?

Was die Form der hier zu erlassenden richterlichen Aussprüche anlangt, so spricht das R.G. fr. G. (z. B. in den §§ 16, 18) allgemein von „gerichtlichen Verfügungen". Daneben gebraucht es, aber nur für bestimmte Fälle, die Ausdrücke „Entscheidung", „Beschluß", ohne daß, wie Weißler bemerkt, damit eine sachliche Verschiedenheit angedeutet werden soll. Eine „Verfügung" wäre also jedenfalls der Ausspruch des Gerichtes, daß es zuständig oder unzuständig sei.

Daß die Überzeugung des Gerichts, es sei unzuständig, den Erlaß einer derartigen Verfügung erheischt, liegt auf der Hand, denn die Unzuständigkeit verbietet die Vornahme irgend welcher gerichtlicher Handlungen.

Kann das Gericht aber auch eine die Zuständigkeit bejahende Entscheidung erlassen? Kann überhaupt hier „eine Partei" die Unzuständigkeit rügen?

Man darf sich durch den Namen, den man dem Verfahren beigelegt hat, nicht irreführen lassen. Auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es Angelegenheiten mit Parteiverhandlungen. Mag auch, wie Weißler ausführt, der Parteibegriff „durch die feste Ordnung des Verfahrens" hier nicht gegeben sein, so sei ein Parteibegriff doch auch hier unentbehrlich.

„Neben den Bestimmungen — sagt Schneider[115]) — über die Aufnahme von Verträgen stehen solche über eine wirkliche richterliche Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten." Es ist dies, wie z. B. bei Maßnahmen

[115]) Ztschr. f. dtsch. Ziv.-Pr., Bd. 29, S. 97.

zum Schutze des Vermögens oder bei Erziehungsstreitigkeiten das sogenannte „echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit“.[116])

Daher wird auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Geltendmachung der Unzuständigkeit seitens eines der Beteiligten sehr wohl denkbar sein. Für die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit insbesondere führt Schneider[117]) aus, daß die Bestimmung des § 7, welcher auch Handlungen eines örtlich unzuständigen Gerichts wirksam sein lasse, diese Einrede durchaus nicht verbiete.

Auch hier kann also — das sollte vorweg klargestellt werden — der Richter sehr wohl zu einer ausdrücklichen Bejahung der Zuständigkeit (nämlich wenn er eine Geltendmachung der Unzuständigkeit für ungerechtfertigt hält) gezwungen sein. Wir hätten es hier mit einer, dem zivilprozessualen Zwischenurteil entsprechenden Vorabentscheidung zu tun, die, wie Siméon darlegt, auch im Laufe des freiwilligen Gerichtsverfahrens sehr wohl vorkommen kann und die wir mit ihm „Zwischenverfügungen“ nennen können.

§ 34.

B. Gebundenheit an derartige Entscheidungen?

1. Innerhalb des Verfahrens.

Wir betrachten zunächst die Frage, ob das Gericht an eine derartige Verfügung (sei es eine Zwischen- oder eine Endverfügung) für das betreffende Verfahren gebunden ist. Hier gab für die streitige Gerichtsbarkeit der § 318 Z.P.O. die grundlegende Bestimmung. Eine derartige Norm finden wir in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht und können sie auch nicht finden.

Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird im großen und ganzen von dem Grundsatz des Offizialbetriebes beherrscht, hat also das Ziel, „der materiellen Wahrheit, soweit dies in der Möglichkeit menschlicher Kräfte steht,

[116]) Siméon, § 27, 1.
[117]) a. a. O.

zum Siege zu verhelfen; konsequenterweise widerspricht dieser Tendenz eine gesetzliche Regelung, nach der die gerichtlichen Entscheidungen unter gewissen Voraussetzungen unabänderlich ..... werden".[118]) Das ist ja, wie Unger[119]) ausführt, gerade der charakteristische Unterschied beider Verfahrensarten: den Zivilprozeß beherrsche das Verhandlungsprinzip; dieses verschaffe den Parteien ausreichende Möglichkeit, sich Gehör zu verschaffen und rechtfertige so die Gebundenheit jeder Instanz an ihre Ansprüche. „In der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen galt von jeher als Regel, daß der Instanzrichter die erlassene Entschließung im Falle später erlangter besserer Kenntnis oder besserer Einsicht entsprechend ändern könne und müsse."

Es kann also nicht verwundern, wenn der § 18 R.G. fr. G. — im Gegensatz zu § 318 Z.P.O. — das Gericht berechtigt, eine von ihm erlassene Verfügung abzuändern, sofern es dieselbe nachträglich für ungerechtfertigt hält.

Abgesehen von den Fällen, in denen eine Verfügung der sofortigen Beschwerde unterliegt (§ 22 mit § 18, Abs. 2), beherrscht diese Bestimmung grundsätzlich das ganze Verfahren. Sie gilt für jede Verfügung, und es besteht kein Grund, sie auf unsere prozessuale Entscheidung, die der Zuständigkeit gilt, nicht anzuwenden, zumal wir gesehen haben, daß das Gesetz hier auf eine Erledigung der Angelegenheiten durch das wirklich zuständige Gericht in gewisser Beziehung weit mehr Gewicht legt als die Zivilprozeßordnung. Es wäre doch äußerst unzweckmäßig, das Gericht, welches einmal seine sachliche Zuständigkeit ausgesprochen hat, an diese nachträglich etwa als irrig erkannte Entscheidung binden zu wollen, wo doch seine ganze Tätigkeit, als von einem unzuständigen Gericht vorgenommen, so wie so wirkungslos bleibt.

Übrigens ist auch § 18 in Preußen durch Art. 1 des preuß. Ges. über die fr. G. für unanwendbar erklärt, „weil

[118]) Bd. II, § 29, 2.
[119]) Rausnitz, § 18, No. 1.

der Grundsatz der nachträglichen Aufhebung ungerechtfertigter Verfügungen im allgemeinen ebenfalls als selbstverständlich angesehen ist.“ [120])

§ 35.

2. In einem neuen Verfahren.

Wenn das Gericht schon innerhalb der Instanz nicht gebunden ist, so muß es erst recht in einem neuen Verfahren freie Hand haben. Haben wir doch oben gesehen, daß selbst der die Unabänderlichkeit der Urteile aussprechende § 318 für einen neuen Prozeß nicht gilt.

Eine Bindung für das neue Verfahren könnte nur dann in Betracht kommen, wenn für die Frage nach der materiellen Rechtskraft Raum würde.

Das Gesetz läßt uns hierbei im Stich. Mag man sich nun selbst mit der Schneiderschen Ansicht[121]) abfinden, der dem „öffentlich-rechtlichen Satz“ der materiellen Rechtskraft „weit über die Grenzen des Zivilprozesses hinaus“ überall Geltung zusprechen will, wo nur immer inhaltlich geeignete Entscheidungen vorkommen — für die freiwillige Gerichtsbarkeit verlangt er die Anwendung dieses Satzes demgemäß nur für die Streitentscheidungen —, so erheben sich doch hier andere schwere Bedenken.

Die weitaus größte Zahl aller Verfügungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist durch das Rechtsmittel der (einfachen) Beschwerde angreifbar, für deren Einlegung keine Frist besteht (§ 19), verliert also nie ihre Anfechtbarkeit. Nun haben wir als Grundbedingung für den Eintritt der materiellen Rechtskraft in der Zivilprozeßordnung erkannt, daß die Entscheidung formell rechtskräftig geworden sein müsse. Ganz natürlich: denn der Inhalt eines richterlichen Ausspruchs kann solange nicht als endgültig betrachtet werden, als er noch der Abänderung durch das Rechtsmittelgericht ausgesetzt ist.

---

[120]) Ztschr. f. dtsch. Ziv.-Pr., Bd. 36, S. 4.

[121]) Vgl. Schultze-Görlitz, II Art. 13 A. und Rausnitz, § 18, No. 9.

Trotz dieses grundlegenden Hindernisses will Siméon[122]) auch den der formellen Rechtskraft nicht fähigen Verfügungen die materielle beilegen. Diese trete ein, „wenn von dem Anfechtungsrecht oder der Änderungsbefugnis binnen so langer Zeit kein Gebrauch gemacht wird, daß eine Anfechtung oder Änderung nicht mehr zu befürchten steht".

Es dürfte doch etwas gewagt sein, mit derartig flüssigen Grenzen zu operieren. Und zugegeben selbst, daß die Abänderlichkeit, wie Schneider[123]) ausführt, „mit der Zeit, also tatsächlich ihren Wert verliert", so ergibt das doch noch nicht „eine durchaus der eigentlichen Rechtskraft gleiche Wirkung". Die Unabänderlichkeit einer Entscheidung bedingt noch lange nicht, daß man ihren Inhalt auch für künftig als feststehend ansehe, sobald dieselbe Rechtsfolge geltend gemacht wird. Es ist also noch die Frage, ob es wirklich, wie Schneider glaubt, so „wertvoll" ist, „sich dies Verhältnis von Unabänderlichkeit und Rechtskraft (wie er es normiert) klar zu machen".

Josef[124]) weist auf die hier angedeuteten Widersprüche zur Genüge hin und führt die Annahme Schneiders an der Hand einiger praktischer Fälle ad absurdum.

Von einer eingehenden Untersuchung dieser Frage kann hier um so mehr abgesehen werden, als sie — wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht — für unser Thema keinen Ausschlag geben kann. Denn auch hier muß wiederholt werden, daß den in Frage stehenden Verfügungen über die Zuständigkeit schon um ihres Inhalts willen nach den obigen Ausführungen keine Rechtskraft innewohnen kann.

Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist also das Gericht an Entscheidungen über seine Zuständigkeit in keiner Weise gebunden.

[122]) a. a. O., S. 54 ff.
[123]) § 29 b.
[124]) a. a. O. S. 155, No. 37.
[125]) Ztschr. f. dtsch. Ziv.-Pr., Bd. 31, S. 73 ff.

Lebenslauf.

Ich, Ernst Grünbaum, bin geboren am 4. März 1888 zu Breslau als Sohn des Kaufmanns John Grünbaum und seiner Ehefrau Regina geb. Schlesinger. Ich bin preußischer Staatsangehöriger jüdischer Religion. Von Ostern 1894 bis Ostern 1906 besuchte ich das König Wilhelms-Gymnasium zu Breslau, das ich mit dem Reifezeugnis verließ. Dann studierte ich sieben Semester die Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg i/Br. (1), München (1), Breslau (5). Während dieser Zeit genügte ich meiner Militärpflicht beim Feldartillerie-Regiment v. Peucker (1. Schles.) No. 6.

Am 13. Dezember 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung, am 17. Dezember das examen rigorosum. Gegenwärtig bin ich bei dem Kgl. Amtsgericht zu Greiffenberg i/Schl. als Referendar beschäftigt.

Herrn Geheimrat Prof. Dr. Fischer sage ich Dank für die gütige Förderung der vorliegenden Arbeit.

Greiffenberg i/Schl., im Juli 1910.